

Crim. 4 chr
Subscriptionspreis Mk. 3,60. — Einzelpreis Mk. 4,80.

✠ **Strafrechtliche Abhandlungen** ✠
des juristischen Seminars der Universität Breslau

herausgegeben von
Professor Dr. Hans Bennecke und Privatdocent Dr. Ernst Beling.

I. Serie. — Heft 3.

Die geschichtliche Entwicklung
der
Retorsion und Kompensation
von
Beleidigungen und Körperverletzungen.

Von
Dr. jur. Ernst Beling,

Gerichtsassessor und Privatdocenten an der Universität Breslau.

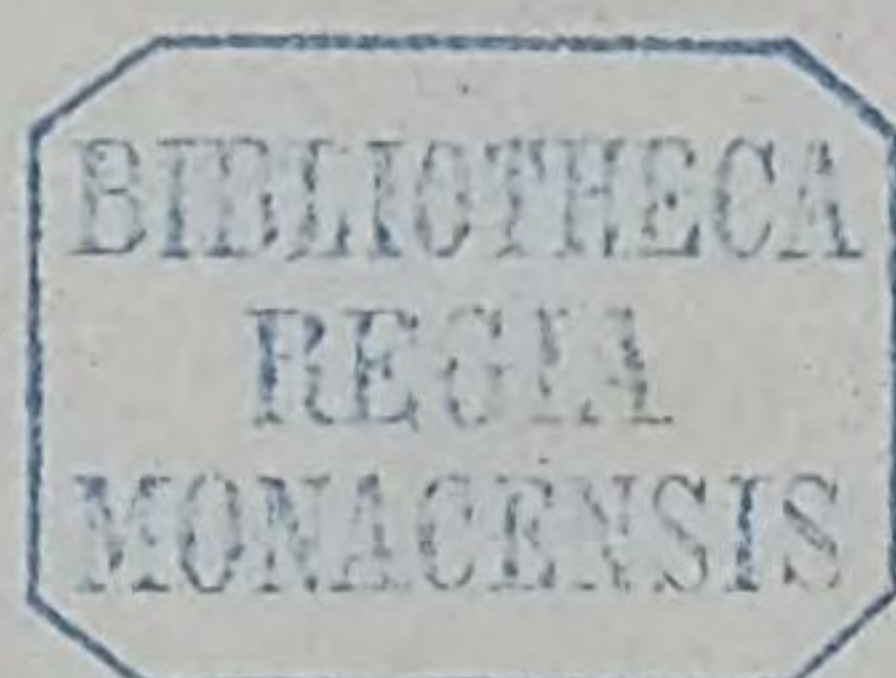
BRESLAU 1894.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG.

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

✠ ✠
Der Subscriptionspreis tritt nur bei Abnahme der ganzen Serie
(ca. 30 Bogen) in Kraft.



Rhetorik und Komposition

von

Beleidigungen und Körperverletzungen.



Dr. jur. Ernst Beling,

Lehrer der Rechtswissenschaften und Philosophie an der Universität Breslau.

THEIL I:

Geschichtliche Entwicklung.

BRESLAU 1881.

VERLAG VON F. K. SCHNEIDER

(Herausgegeben von)

(Verlag: F. K. Schneider)

Retorsion und Kompensation

von

Beleidigungen und Körperverletzungen.

Von

Dr. jur. Ernst Beling,

Gerichtsassessor und Privatdocenten an der Universität Breslau.

THEIL I:

Geschichtliche Entwicklung.

BRESLAU 1894.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Die geschichtliche Entwicklung

der

Retorsion und Kompensation

von

Beleidigungen und Körperverletzungen.

Von

Dr. jur. Ernst Beling,

Gerichtsassessor und Privatdocenten an der Universität Breslau.

BRESLAU 1894.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

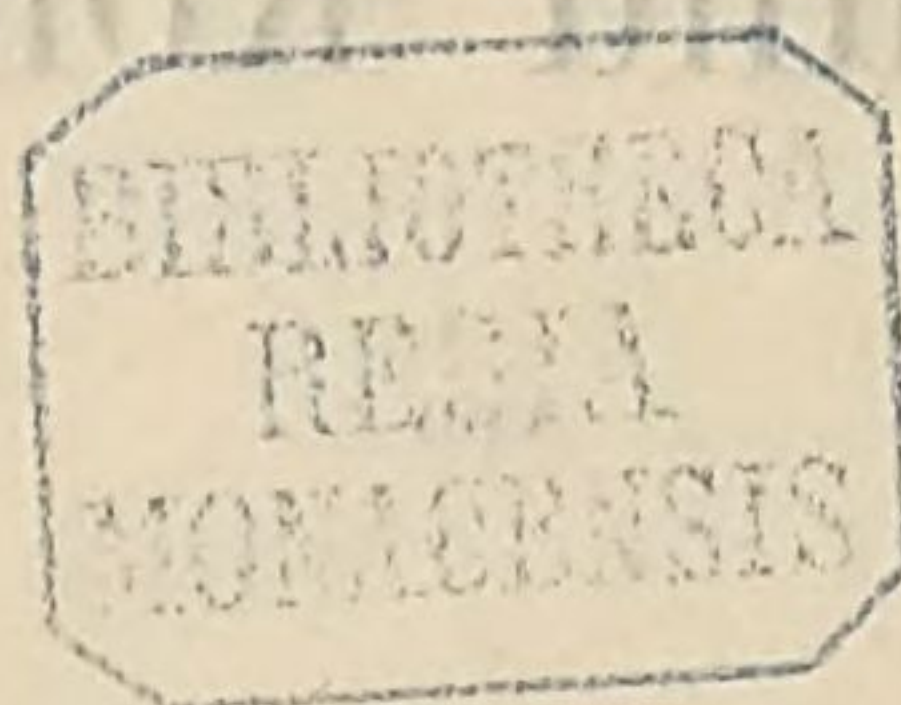
(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Die geschichtliche Entwicklung

der

Retorsion und Kompensation



Beleidigungen und Körperverletzungen.

Von

Dr. jur. Ernst Belling.

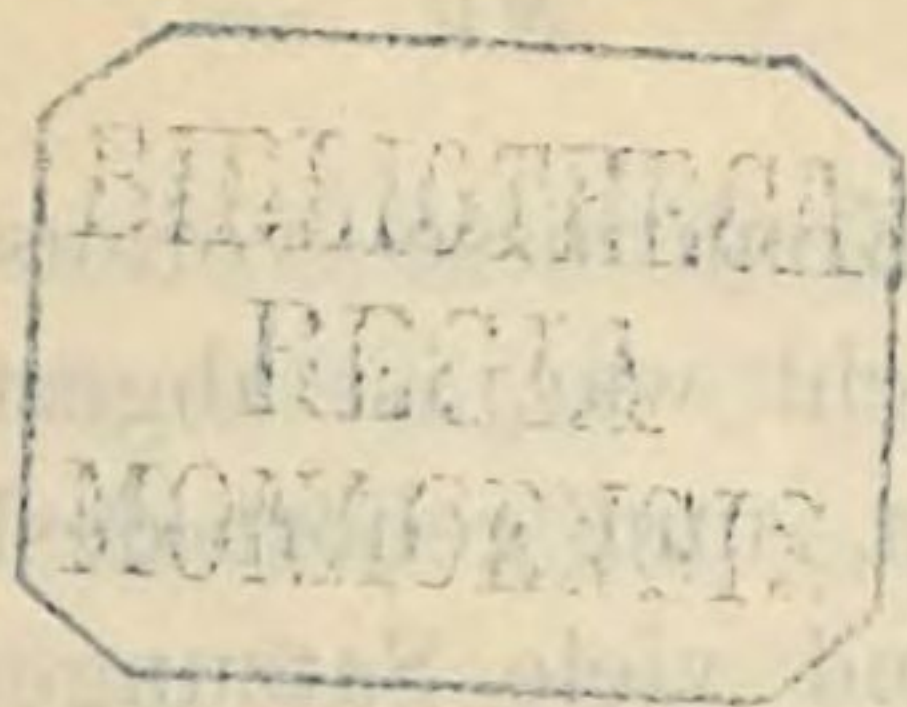
Geheimassessor und Privatdozent an der Universität Bonn.

BREITBACH 1881.

SCHLEIERMAYERsche Buchhandlung

(Bonn & Leipzig)

Verlag von K. Neumann



VORREDE.

Dank den Errungenschaften der historischen Schule ist heutzutage die Berechtigung rechtsgeschichtlicher Forschung an sich so gut wie allgemein anerkannt. Noch aber sind die Meinungen darüber geteilt, ob der Jurist bei seinen rechtshistorischen Forschungen frei und ohne Schranken umherschweifen darf, oder ob es für ihn hier verbotene Wege giebt, auf denen er nicht wandeln soll, wenn anders seine Forschung Anspruch auf juristische Berechtigung erheben will. Die Wahl eines in seinem ersten Teil in das Gebiet der Rechtsgeschichte einschlagenden Stoffes für die vorliegende Arbeit erheischt eine kurze Präzision des Standpunkts, den der Verfasser in dieser Hinsicht einnimmt.

Im Jahre 1883 hat R. Löning (Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Band III, S. 219—375) mit Fug der „ungeschichtlichen“ Methode der Behandlung des Strafrechts den Krieg erklärt. Das geltende Recht nur allenthalben aus sich selbst erklären wollen und gegen seinen Werdegang die Augen verschliessen, das hiesse sich hochmütig eines Hilfsmittels berauben, ohne es zuvor auf seine Tauglichkeit hin geprüft zu haben. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass ganz wie sonst im menschlichen Erkennen des Gegenwärtigen, so auch im Erkennen des geltenden Rechts das rechte Verständnis im allgemeinen nur durch das Wissen dessen, was früher war, verbürgt wird. Allein unbedingt gilt dies nicht, und deswegen lässt sich der extremen Auffassung, wonach die geschichtliche Methode durchweg und schlechterdings unentbehrlich sein soll, nicht beipflichten. Es ist nicht richtig, dass jedes Partikelchen des gewesenen Rechts für das Verständnis des derzeitigen Rechts nutzbar wäre, und ebenso wenig, dass jedes Partikelchen des geltenden Rechts zu seinem Ver-

ständnis rechtshistorische Kenntnisse voraussetzte. Überaus Vieles, was einstmals geltendes Recht war, ist abgestorben, ohne je zu neuem Leben erwachen zu können, und gehört deshalb in das Antiquitätenkabinet, und umgekehrt sind viele Satzungen unseres Rechts uns so zu eigen, dass wir nicht erst bei dem Rechte früherer Zeiten in die Lehre zu gehen brauchen, um jene zu begreifen. Man kann sonach nicht Alles historisch betrachten. In der unbedingt „geschichtlichen“ Methode liegt eine Überschätzung der Vergangenheit, welche die grosse Gefahr in sich birgt, dass der Entwicklungsgang des Rechts verlangsamt wird: sie legt die kritisch prüfende Begriffsarbeit, welche allein zu bewusstem Fortschreiten verhelfen kann, gern in Fesseln und führt leicht dazu, dem denkenden und schaffenden Menscheng Geist den Weiterbau des Rechts zu entwinden und letzteren mehr oder minder in die Hände des Zufalls zu legen. Rügen doch die Vertreter dieser Auffassung — man vergleiche vor Allen R. Löning a. a. O. S. 241 ff., 256 ff., 349 ff., 223—224, 362 und sonst — es geradezu, dass vielfach in der Behandlung des Strafrechts, namentlich durch die Hegelianer, die Kritik des bestehenden Rechts und die Tendenz nach Gesetzesverbesserung den ersten Platz einnehmen! Gerade aber das beständige Streben nach selbstthätiger Verbesserung der Rechtseinrichtungen ist wohl die vornehmste Aufgabe der Rechtswissenschaft, die ja berufen ist, dem Gesetzgeber die Leuchte voranzutragen.

Indess mit scharfer Betonung des dogmatisch-philosophischen Gesichtspunktes für die Rechtswissenschaft ist keineswegs nunmehr der Wert der Rechtsgeschichte derart herabgedrückt, dass ihr Studium nur noch als blosse Liebhaberei und besondere Geschmackssache gelten müsste. Wie bereits betont, fördert ja die Rechtsgeschichte viel schätzbares Material zu Tage, aus dem die Gegenwart, sei es in positiver, sei es in negativer Richtung lernen kann; sie verbreitet vielfach über rechtliche Verhältnisse der Gegenwart erst das rechte Licht und fördert oder ermöglicht deren rechte Erkenntnis, gleichzeitig der Kritik den soliden Unterbau gewährend. So bleibt, obwohl sie in eine zweite Linie zurückgedrängt erscheint, ihre Notwendigkeit und ihr Nutzen durchaus anerkannt, — nur muss man nicht unterschiedslos jede geschichtliche Notiz, die aus dem Schutt der Zeiten ausgegraben wird, als wertvollen Fund preisen, vielmehr eine strenge Sichtung eintreten lassen: es gilt nur eklektisch die richtige Mitte zwischen der unbedingt historischen und der unbedingt unhistorischen Methode zu treffen.

Die Geschichte der strafrechtlichen Retorsion und Kompensation erschien dem Verfasser einer Untersuchung wert. Jene wie diese bildet im heutigen Rechte eine sehr eigenartige Erscheinung. Rein dogmatische Behandlung kann hier nicht befriedigen. Sie würde nicht zu vollem Einblick in Sinn und Wesen jener Institute führen. Ihn verschafft nur die Betrachtung ihres Werdens.

Für die Durchforschung dieses Entwicklungsganges konnten als Vorarbeiten nur vereinzelte kurze Bemerkungen bei Seeger, in dessen Abhandlungen aus dem Strafrechte, und Günther, Idee der Wiedervergeltung, benutzt werden. Eine zusammenfassende Darstellung der geschichtlichen Herausbildung der Retorsion und Kompensation fehlte bislang ganz. Der Versuch, eine solche zu geben, dürfte daher nicht unangebracht sein. — Terminologisch sei Eins bemerkt: Wenn wir schon im geschichtlichen Teil hie und da ohne Skrupel die Bezeichnung „Körperverletzung“ verwenden, so hoffen wir damit keinem Missverständnis zu begegnen. Hat sich die Deliktsspezies „Körperverletzung“ auch erst in neuerer Zeit herausgebildet, und ging der Thatbestand derselben früher mehr oder minder unklar in der injuria u. s. w. auf, so kommt es doch für die Retorsions- und Kompensationslehre auf eine genaue Umgrenzung des Begriffs nicht an. Die Verwendung der modernen Bezeichnung ist sachlich unschädlich.

Die ersten drei Kapitel dieser Schrift sind bereits als die Habilitationsschrift des Verfassers veröffentlicht worden. Zu ihnen war noch Einiges nachzutragen (s. S. 217—224).

Kapitel 3 des ersten Teils reizte dazu, die italienischen Stadtrechte in den Kreis der Forschungen zu ziehen. Die Frage liegt nahe, ob die italienischen Autoren, namentlich insofern sie eine Berechtigung des Beleidigten zur Retorsion annahmen, sich vielleicht unbewusst von den Anschauungen ihrer Zeit leiten liessen. Möglich ist dies immerhin. Indess ergab die Durchsicht einer Anzahl von ober- und mittellitalienischer Statuten nur ein negatives Resultat. Weitere Durchforschung des umfänglichen Materials soll daher späteren Zeiten vorbehalten bleiben. Den Ausschluss des germanisch-deutschen Rechts von der Darstellung (vgl. S. 3) wird die letztere selbst durch ihren Inhalt rechtfertigen. Wenn Kronecker (im Gerichtssaal, Bd. XLI, S. 192—193) den wahren Ursprung der Sätze über die Retorsion in alter deutscher Rechtsanschauung finden will und annimmt, dass die spätere Jurisprudenz jener nur rein äusserlich eine romanistische Form umgehängt habe, so ist

diese Vorstellung nicht richtig. Die Romanistik hat, allenfalls beeinflusst vielleicht, ohne es selbst zu wissen, von germanistischen Anschauungen, aus sich heraus die Sätze inhaltlich gefunden und ausgebaut, nicht germanischen Sätzen nur eine römische Etikette aufgeklebt.

Noch der Hervorhebung bedarf schliesslich, dass unsere Abhandlung sich streng auf ihr Thema beschränken wird. Wohl ist die Lehre von der Retorsion der Beleidigungen und Körperverletzungen nur ein Teil der Lehre von der Wiedervergeltung und berührt sich deshalb einerseits mit der Lehre von der, wie die Wiedervergeltung, unter den gemeinsamen Begriff der Selbsthilfe fallenden Notwehr, und andererseits mit den verschwisterten Arten der Vergeltung, mit der Blutrache, Rächung eines Ehebruchs, eines Diebstahls in flagranti u. s. w.; — wohl ist zu der strafrechtlichen Deliktsskompensation die civilrechtliche ein nahebei liegendes Seitenstück. Aber ein Übergriff in diese angrenzenden Nachbargebiete, so dankbar er vielleicht stellenweise gewesen wäre, hätte auf die Darstellung störend eingewirkt und ist deshalb vermieden.

EINLEITUNG.

§ 1.

Was unser heutiges Strafrecht als „Retorsion“ bezeichnet, das ist die private Reaktion gegen eine Widerrechtlichkeit, die Vergeltung einer solchen. Sie fällt somit unter den Begriff der Rache. Die Handlungen, in denen der Zweck, Böses mit Bösem zu vergelten, zum Ausdruck gelangt, sind naturgemäss sehr mannigfach. Man könnte, der allgemeinen Bedeutung des »retorquere« (= Erwidern) entsprechend, jedwede behufs Erlangung einer Genugthuung wegen einer Verletzung vorgenommene Zufügung eines Übels als „Retorsion“ bezeichnen. Historisch hat sich jedoch der Sprachgebrauch dahin fixirt, dass man „Retorsion“ gewöhnlich nur für die Erwidern

einer Beleidigung mit einer solchen oder mit einer Körperverletzung,

und die Erwidern

einer Körperverletzung mit einer solchen oder mit einer Beleidigung

gebraucht; man hat z. B. nie von der Blutrache gesagt, sie sei die Retorsion eines Mordes. Solche Abscheidung hat aber auch sachlich ihre Berechtigung, insofern die Retorsion der Beleidigungen und Körperverletzungen sich der sozialen Betrachtung ganz anders darstellt, als andere Vergeltungshandlungen, und deswegen naturgemäss auch von jeher besonderen Grundsätzen gefolgt ist. Nur in dem soeben festgestellten engeren Sinne bildet die Retorsion den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

Drei Merkmale des Begriffs sind hervorzuheben.

Erstens muss vorliegen auf Seiten des ersten Angreifers eine rechtswidrige und für sich betrachtet strafbare Beleidigung oder Körperverletzung. Wäre eine solche nicht vorhanden, so könnte objektiv jedenfalls eine Retorsion nicht erfolgen, und es könnte sich nur fragen, welche Grundsätze gelten, wenn der Verletzte irrtümlich das Vorhandensein jener Requisite angenommen hatte.

Es muss zweitens dem ersten Thäter gegenüber von Seiten des Verletzten eine Verletzung seiner Ehre oder Körperintegrität erfolgt sein, welche für sich, also ohne Rücksicht auf ihren Erwidierungscharakter, betrachtet sich ebenfalls als rechtswidrig und strafbar darstellen würde.

Endlich muss zwischen beiden Handlungen der Erwidierungskonnex bestehen: für die erste Strafthat und wegen derselben, also im Dienste des Genugthuungsgedankens muss die zweite Verletzung dem Erstthäter angethan sein. Handlungen, welche zum Behufe der Verteidigung, insbesondere der Notwehr, ins Werk gesetzt worden sind, scheiden aus; nur gegen die Vergangenheit, nur gegen das abgeschlossene Delikt oder den abgeschlossenen Teil desselben richtet die „Erwidierung“ ihre Spitze.

Die kriminalistische Erörterung hat sich hauptsächlich zu befassen einmal mit der Frage nach der Rechtmässigkeit: Erscheint die zweite Verletzungshandlung um deswillen, weil sie eine Retorsionshandlung ist, als rechtmässig, und eventuell unter welchen Voraussetzungen?¹⁾ — sodann mit der Frage nach der Strafbarkeit: Hat der zwischen beiden Thaten bestehende Zusammenhang auf die Strafabmessung bezüglich beider Teile oder bezüglich eines derselben Wirkung, und eventuell welche? Hier mündet die Untersuchung über die Retorsion ein in diejenige über die strafrechtliche Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen, welche insofern einen weiteren Thatbestand zum Vorwurf hat, als die beiden Thaten nur wechselseitige zu sein brauchen und es auf einen etwaigen Erwidernngsnexus zwischen denselben nicht ankommt.

Den Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung bildet das Gewordensein und das Sein unserer heutigen Retorsion und Kompensation.

¹⁾ Auf die zweite Verletzung beschränkt sich die Betrachtung hier deswegen, weil selbstverständlich die erste Handlung, wenn sie von Hause aus rechtswidrig war, nicht durch die Retorsion nach rückwärts hin rechtmässig werden kann.

Wie sich zeigen wird, haben wir beide Institute durch Vermittelung der italienischen Wissenschaft aus den Händen der romanistisch-kanonistischen Doktrin überkommen. Das reine deutsche Recht weist zwar hie und da ähnliche Bestimmungen auf,²⁾ allein zu Elementen der Entwicklung des neueren und neusten deutschen Strafrechts sind dieselben nicht geworden; sie stehen vielmehr isoliert für sich und waren deshalb hier nicht mit in Betracht zu ziehen. Inwieweit germanischrechtliche Anschauungen, den Trägern der Rechtsentwicklung unbewusst, auf letztere von Einfluss gewesen, wird seines Orts hervorgehoben werden.

²⁾ Vgl. Köstlin in der Zeitschr. f. deutsches R., Bd. XV., S. 426 ff.; R. Löning in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch., Bd. V., S. 573; Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, Abt. I., S. 214—216.

TEIL I.

Geschichtliche Entwicklung.

ERSTES KAPITEL.

Das römische Recht.

§ 2.

A. Prinzipielle Behandlung der Retorsion.

Das römische Strafrecht fasste in der historischen Zeit im Prinzip die Rechtswidrigkeiten als Verletzungen der Gesamtheit, nicht als blosse Verletzungen der etwa unmittelbar betroffenen Einzelnen auf. Die Strafe war demgemäss regelmässig eine öffentliche, staatliche Reaktion gegen den Rechtsbruch; dem Verletzten stand wohl ein zivilrechtlicher Anspruch auf Schadensersatz, nicht aber ein Anspruch auf Genugthuung zu. Konnte hiernach der Verletzte Genugthuung überhaupt nicht fordern, so war natürlich um so mehr die Privatrache, die auf Erlangung einer satisfactio gerichtete Eigenmacht, unstatthaft.¹⁾ Dieser Standpunkt erhellt aus Wendungen, wie

» . . . illum . . . solum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit« (Paulus in l. 45 § 4 D. ad leg. Aqu. 9,2) — u. a.

Historisch betrachtet ist freilich diese Auffassung nicht die ursprüngliche. In ihrer Kindheit liegt eine solche den Völkern noch durchweg fern, und erscheint denselben ein Rechtsbruch vielmehr entweder als eine Verletzung der Gottheit oder als eine Verletzung des in seinen Rechtsgütern geschädigten Individuums. Insoweit aber letztere Anschauung Platz greift, ist eben dieser „Verletzte“ berechtigt, Genugthuung zu verlangen, und zwar nach dem ältesten Rechte der Völker, sich diese durch Eigenmacht zu verschaffen; mit anderen Worten: im Uranfang ist die Privatrache freigegeben. Dies war u. A. auch der älteste arische Standpunkt.²⁾ Ihn hatten auch noch das vorhistorische griechische, wie das vorhistorische römische Recht beibehalten; beide

¹⁾ Vgl. Zumpt, Das Kriminalr. der röm. Republik, Bd. I¹, S. 126; Geib, Geschichte des röm. Kriminalproz., S. 16.

²⁾ B. W. Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte, S. 286 ff.

gingen noch von dem Grundsätze der Rechtmässigkeit der Individualtormie, der ultio privata, aus.³⁾ Aber auch in die historische Zeit Roms hinein hat diese alte privatliche Auffassung von Verbrechen und Sühne sich in gewissem Umfange Geltung gewahrt. An erster Stelle will hier jener bedeutungsvolle Ausschnitt aus dem römischen Strafrecht genannt sein, der für einen ganzen Kreis von strafbaren Handlungen die genossenschaftliche Auffassung überhaupt gänzlich ausschloss: das Privatstrafrecht. In dem Bereiche des Letzteren stand dem Verletzten, nicht dem Staate, ein Anspruch auf Vergeltung zu. Aus der privatrechtlichen Natur der delicta privata, zu welchen gerade die uns hier interessierende, Beleidigung und leichte Körperverletzung in sich begreifende injuria gehört, folgt jedoch noch nicht, dass es dem Interessenten überlassen gewesen wäre, sich die Genugthuung kurzer Hand durch alsbaldige Retorsion oder sonst ohne Inanspruchnahme des Gerichts zu verschaffen. Ein entwickeltes Recht behält jedenfalls regelmässig die Zumessung der Genugthuung im einzelnen Falle der objektiven

³⁾ Leist, a. a. O., S. 296 ff. Über die Existenz und die Überbleibsel der Privatrache in Rom vgl. Abegg, De antiquissimo Romanorum jure criminali, comm. prior, §§ 22—25, 32; Dirksen, Zivilistische Abhdlgen. I, S. 101 ff.; Abegg, Unters. aus dem Gebiete der Strafr.-Wissensch., S. 126 ff.; Platner, Quaestiones hist. de crim. jure ant. Rom., p. 59 sqq.; Geib, Geschichte des röm. Kriminalprozesses, S. 15 ff.; Rein, Kriminalr. der Römer, S. 36 ff.; Seeger, Abhdlgen aus dem Strafrechte, Bd. I, S. 211 ff.; Köstlin, Geschichte des deutschen Strafr., S. 4, 6 ff.; Geib, Lehrb. des deutschen Strafr., Bd. I, S. 10 ff.; Zumpt, Kriminalrecht, Bd. I¹, S. 26; v. Bar, Handb., I, S. 8 ff.; Moritz Voigt, Die XII Tafeln, Bd. I, S. 507; Leist, a. a. O., S. 290, 297 ff.; Günther, Die Idee der Wiedervergeltung, I, S. 5 ff., 110 ff. — Für „Privatrache“ wird gewöhnlich der Ausdruck »vindicta privata« gebraucht. Derselbe ist indess mehrdeutig. In der Bedeutung als „Privatrache“ schliesst derselbe die tuitio, das se defendere, aus und bildet dazu sogar einen Gegensatz; eine Zurückführung der tuitio auf die Vergeltung von Gleichem mit Gleichem — so Leist, a. a. O., S. 309 — ist unzulässig, da der Begriff der Vergeltung erst da einsetzt, wo der der Gegenwehr aufhört; richtig Rein, a. a. O., S. 141. In einem weiteren Sinne wird vindicta für Beides — Vergeltung und Gegenwehr — zusammen gebraucht (Cic., de invent., II. 53, 22; vgl. Abegg, Untersuchungen S. 145; Sanio Observation. ad leg. Corn. de sic. part. prior., p. 21; Seeger, a. a. O., I, S. 212; Leist, a. a. O., S. 309) und fällt dann ungefähr mit dem Begriffe „Eigenmacht“ zusammen. Vor Allem aber störend ist, dass vindicta in einer dritten, und zwar der ursprünglichen Bedeutung die Selbsthilfe in reipersekutorischer Richtung bezeichnet haben soll — Voigt, a. a. O., S. 509. — Es empfiehlt sich daher, diesen Ausdruck zu meiden und sich statt seiner lieber des ebenfalls quellenmässigen »ultio« (privata) zu bedienen.

Feststellung im Wege eines geordneten Strafverfahrens auch insoweit vor, als der Anspruch auf Sühne nicht dem Gemeinwesen, sondern einem Privaten zugestanden ist.⁴⁾

»Idcirco« — heisst es in l. 14 C. de Jud. et coelicol 1,9 — »judiciorum vigor jurisque publici tutela videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem«; und mit rhetorischem Pathos verdammt Quinktilian in den *Apes pauperis* (Declamat. majores, ed Burmann, 13,11) das Erwidern eines erlittenen Unrechts.

»Dicam nunc«, so lässt er sich aus, »quam iniqua sit invicem injuriae compensatio,⁵⁾ quamque non solum legi adversa, sed etiam paci. Barbarorum mos est populorum, quos procul omnis juris humani societate summos proxima beluis natura efferavit. Nos ideo magistratus legesque a majoribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit et assiduae scelerum causae se refellant, si ultio crimen imitabitur. Damnum accepisti. Erat lex. forum, judex, nisi si vos jure vindicari pudet. At mehercle jam ad arma mittimur, et instituitur perniciose nocendi contentio, et in vicem legis ira succedit«

So geben jedenfalls in der klassischen Zeit die delicta privata an sich dem durch sie in seinen Rechtsgütern Verletzten nur ein Recht auf Zuerkennung einer poena, nicht ein Retorsionsrecht.

Als weitere Reste jener alten vorgeschichtlichen Auffassung sind nun ferner noch einige wenige Sätze stehen geblieben, welche ausdrücklich eine sonst unerlaubte und mit Strafe bedrohte Handlung für den Fall, dass sie zur Vergeltung einer bestimmten vorgängigen Rechtsverletzung geschieht, ausnahmsweise für statthaft erklären; so erlaubt — worauf hier nicht weiter einzugehen, — das ältere römische Recht, wie bekannt, den nächtlichen Dieb ohne Weiteres zu erschlagen, und ein ähnliches Tödtungsrecht ist im Falle des adulterium selbst noch nach Justinianischem Recht gegeben. Unter diesen Sonderbestimmungen

⁴⁾ Dies gilt auch für die Fixierung der Talion bei os fractum u. s. w. nach XII-Tafel-Recht, wenngleich man vielleicht ahnen mag, dass in früherer Zeit der Verletzte die Talion selbst ohne Weiteres vollführte.

⁵⁾ hier, wie der Zusammenhang lehrt, nicht in der uns geläufigen Bedeutung von Kompensation gebraucht, sondern, gewissermassen = Rückzahlung der Verletzung, für die Erwidерungshandlung selbst.

findet sich jedoch eine solche, derzufolge es erlaubt gewesen wäre, Beleidigungen oder Thätlichkeiten zu retorquieren, nicht. Nach dem Bericht von Sueton — *De vita Caesarum*, lib. VIII, Divus Vespasianus, cap. 9 — soll zwar Kaiser Vespasian in einem Falle, in welchem ein römischer Ritter und ein Senator sich gegenseitig injuriert hatten, dahin entschieden haben:

»non oportere maledici senatoribus; remaledici civile fasque esse«⁶⁾.

indessen wird man ohne anderweite Belege diesem Ausspruche eine streng juristische Bedeutung sicher nicht bemessen können. Aus unseren juristischen Rechtsquellen aber lassen sich derartige Sätze nicht nachweisen; sie kennen ein Retorsionsrecht selbst in der allerbescheidensten Ausdehnung — »exaggerandi mendacii gratia« — nicht⁷⁾.

Die frühere romanistische Theorie führte zwar eine Reihe von Stellen aus den Digesten an, aus denen sich angeblich die Rechtmässigkeit der Injurienretorsion ergeben sollte. Es sind dies:

- l. 3 D. de just. et jure 1,1⁸⁾;
- l. 1—4 D. quod quisque jur. i. a. st. 2,2⁹⁾;
- l. 25 D. de procur. et defens. 3,3¹⁰⁾;
- l. 4 § 1 D. de alien. jud. mut. c. 4,7¹¹⁾;
- und l. 14 [13] § 6 D. de bon. libert. 38,2¹²⁾.

Dieselben sind jedoch ohne Beziehung zu unserer Frage.

L. 3 cit. zunächst enthält nichts als die Bemerkung, dass es ein Satz des *jus gentium* sei,

»ut vim atque injuriam propulsemus.«

⁶⁾ Vgl. hierzu Ant. Matthaeus, *De criminibus*, zu tit. D. 47,4, cap. 1 n. 9; Struvius, *Tractatio de vindicta privata*, cap. 10 aphor. 6 n. 14. Weber, *Über Injurien und Schmähschriften*, Abt. II, S. 60 in der Anmerk. 9.

⁷⁾ Beachtenswert sind in dieser Beziehung die Ausführungen von Struvius, l. c., cap. 10 aphor. 6 n. 1—6.

⁸⁾ Vgl. z. B. Joh. Harpprecht, *Tractatus criminalis*, zu § 12 J. de injur. 4,4, n. 83; Perez, *Praelectiones in Cod.*, zu tit. C. 8,35, n. 8.

⁹⁾ Vgl. Alexander Tartagnus und Jason Maynus, in ihren *Pandektenkommentaren* zu l. 4 das.

¹⁰⁾ Vgl. Harpprecht, l. c. zu § 1 J. de injur. 4,4, n. 80; zu § 12 eod., n. 85.

¹¹⁾ Vgl. Leyser, *Meditationes ad Pand.*, spec. 542 med. 9 (tom. VIII der Ausgabe Lipsiae et Guelpherbyti 1746.)

¹²⁾ Vgl. Harpprecht, l. c. zu § 12 J. de injur. 4,4, n. 84. — Der § 6 cit. ist auch bei Angelus Aretinus, *Tract. de malefic.*, Rubr., »Verba injuriosa«, n. 9 und 10, statt des irrtümlich dort genannten »§ accusare« (8) derselben lex gemeint.

Es handelt sich hier also, ganz zu geschweigen davon, das »injuria« hier nicht „Beleidigung“, sondern „Unrecht“ bedeutet, und zwar nach dem Zusammenhange eine Gewalt gegen Leib und Leben,¹³⁾ lediglich um Verteidigung, nicht Erwiderung. Wenn also Perez an dem in Anmerkung 8 angeführten Orte aus l. 3 den Satz entnimmt:

» dubium non est, quin provocato per injuriam liceat eandem retorquere,«

so liegt die Unschlüssigkeit dieser Folgerung klar zu Tage. Dass Perez sich selbst nicht ganz klar ist, zeigt sich bei ihm auch in dem Widerspruch, dass er n. 10 l. c. das retorquere als ein »se vindicare verbis aut facto«, und dessen ungeachtet in n. 8 daselbst die Retorsion als Repulsion einer bereits geschehenen Beleidigung auffasst, was ein Unding ist.¹⁴⁾

L. 1 sqq. D. quod quisque juris 2,2 gehören um deswillen nicht hierher, weil diese Fragmente zwar eine Erwiderung, aber nicht Erwiderung einer strafbaren oder auch nur rechtswidrigen, sondern nur einer unbilligen Handlung betreffen¹⁵⁾ und überdies nur zivilprozessuale Bedeutung haben.¹⁶⁾

L. 25 D. 3,3 (von Ulpian) muss ihrem ganzen Zusammenhange nach gewürdigt werden.

In dem Digestentitel de procuratoribus et defensoribus 3,3 wird u. A. die Frage abgehandelt, wie lange und aus welchen Gründen im Prozess ein Wechsel in der Person des procurator einer Prozesspartei, bzw. Eintritt dieser Letzteren selbst an Stelle des procurator zulässig sei. Nach l. 16 daselbst ist ante litem contestatam in dieser Hinsicht jedwede Veränderung freigegeben; post litem contestatam dagegen ist nach l. 17 pr. der Beklagte, ausser im Falle des Todes seines Vertreters, zu einer Änderung, sei es, dass er selbst eintreten, sei es, dass er einen anderen Vertreter bestellen will, nur causa cognita befugt, und bei dieser Causae-Cognition kommt es auf das Vorhandensein gewisser Gründe, welche in l. 17 § 2 bis l. 24 sich aufgeführt

¹³⁾ Pernice, M. Antistius Labeo, Bd. II, S. 22—23. A. A. Levita, Das Recht der Notwehr, S. 44 ff.; Geyer, Die Lehre von der Notwehr, S. 63.

¹⁴⁾ Die Zulässigkeit der Notwehr, sagt er, soll »ita temperari, ut liceat non aliud crimen reponere, sed sibi objectum repellere, quoniam illud ad vindictam, hoc ad defensionem spectat«.

¹⁵⁾ Vgl. Struvius, l. c. cap. 10 aphor. 6, n. 6.

¹⁶⁾ Vgl. Günther, Idee der Wiedervergeltung, S. 138.

finden, an. L. 25 bemerkt hierauf zunächst, dass die bis dahin bezüglich des Beklagten entwickelten Regeln entsprechende Anwendung auf den Kläger finden sollen, und fährt dann fort:

»Sed si adversarius vel ipse procurator dicat, dominum mentiri, apud praetorem hoc finiri oportet, nec ferendus est procurator, qui sibi asserit procurationem. Nam hoc ipso suspectus est, qui operam suam ingerit invito, nisi forte purgare magis convicium, quam procurationem exequi maluerit; et hactenus erit audiendus, si dicat se procuratione quidem carere velle, sed ita, si id illaesa existimatione sua fiat. Ceterum ferendus erit pudorem suum purgans«

Nur das die mutatio procuratoris betreffende Spezialverfahren steht hier in Frage. Wenn in diesem Verfahren der Prozessgegner oder der Prokurator selbst gegenüber den von der Partei zur Begründung ihres Antrages auf Entlassung vorgebrachten Behauptungen äussert: »Dominum mentiri«, so heisst dass nur, jene zur Begründung vorgebrachten Thatsachen seien unwahre; auf den Ausdruck mentiri = lügen ist kein Gewicht gelegt¹⁷⁾. Zudem ist der strafrechtlichen Qualifikation der Äusserung, ihrer Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit, Strafbarkeit oder Straflosigkeit nicht mit einer Silbe gedacht, und anzunehmen, die Stelle handle als selbstverständlich, dass die Äusserung eine rechtmässige und straflose sei¹⁸⁾, wäre ebenso eine Willkür, wie die gegenteilige Annahme, dass nämlich die Äusserung als strafbar qualifiziert werde¹⁹⁾. Der Jurist spricht nur aus, ein procurator, der in dem Verfahren, welches seine Entfernung von dem Posten als procurator zum Gegenstande habe, das Vorhandensein von Gründen für seine Absetzung leugne, dränge sich gewissermassen auf und erscheine um deswillen als suspectus; es müsste sich denn dieses sein

¹⁷⁾ Weber, a. a. O., S. 58 Anm. 9. S. auch Sam. de Cocceji, Jus contr., p. II, ad tit. D. de injur. et fam. lib. 47, 10, qu. 30: Hic non est retorsio, sed negatio criminis imputati; ait enim procurator »dominum mentiri«, i. e. rem ita se non habere.

¹⁸⁾ Dies unterstellen u. A. noch Schwarze in der Allg. Gerichtszeitung f. d. Kgr. Sachsen, VII. Jahrgang 1863, S. 250 bei Anm. 9, und Seeger, a. a. O., I., S. 299.

¹⁹⁾ Cocceji, l. c. meint: jene Äusserung »improbatur ibi«, weil es heisst: »totum illud coram praetore tractari debere«. Dies ist irrig, denn die Entscheidung, die der Prätor zu treffen berufen ist, hat natürlich nur den prozessualen Zwischenstreit sachlich zu erledigen; von einem Strafverfahren, in dem der procurator zur Verantwortung gezogen würde, — das auch in jeder Hinsicht höchst abnorm wäre! — findet sich keine Spur.

Verhalten etwa daraus erklären lassen, dass der vom Dominus vorgebrachte Grund ein *convicium* gegen ihn enthalte und er durch sein Bestreiten nur Sicherstellung seiner Ehre gegen Antastung bezwecke, und es ihm somit nicht darum zu thun sei, die *procuratio* unter allen Umständen zu behalten²⁰⁾. Ob der Vertreter wegen der Äusserung »*Dominum mentiri*« irgend welche Strafe zu befahren habe, das kümmert den Juristen offenbar gar nicht. Sein Interesse beherrscht ausschliesslich die Erörterung, wie sich die Sachlage prozessual zu gestalten habe, ob der Prätor die *translatio* gewähren oder verweigern solle. Man braucht daher seine Zuflucht nicht in der Auskunft zu suchen, l. 25 § 3 cit. habe einen »speziellen Fall der Retorsion« im Auge²¹⁾, und es ist müssig, sich den Kopf darüber zu zerbrechen, weshalb wohl eigentlich der Prokurator straffrei ausgeht.

Will man aber selbst in l. 25 § 3 den Grundsatz niedergelegt finden, dass man, ohne Strafe fürchten zu müssen, die Redewendung *Dominum mentiri* in dem gegebenen Falle gebrauchen könne, dann lässt derselbe sich füglich unter dem Gesichtspunkt der *exceptio veritatis* begründen. Auch die Römer sahen ja die Infamierung eines »*nocens*« nicht als *injuria* an (Paulus in l. 18 pr. D. de injur. 47,10)²²⁾. Oder aber man kann, wie dies schon von Durantis geschehen ist²³⁾, den Gesichtspunkt der »*juris executio*«, der Wahrnehmung berechtigter Interessen, wie wir heute sagen würden, heranziehen. Man wende nicht ein, dass die Äusserung »*Dominum mentiri*« des Ausdrucks »*mentiri*« halber jedenfalls der Form nach injuriös bleibe. Das hiesse römische Jurisprudenz unter Zugrundelegung des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs treiben. Und weiter: Modernem Sprachgefühl mögen die Ausdrücke „lügen“ und „die Unwahrheit sagen“ als scharf geschieden erscheinen; dass die römische Sprache gleichermassen scharf unterschieden, lässt sich nicht ohne Weiteres unterstellen.

²⁰⁾ Richtig Struvius, l. c., cap. 10 aphor. 6, n. 4; Weber, a. a. O., S. 58 Anm. 9.

²¹⁾ So Günther, a. a. O., I., S. 117 in der Anm. 9 f.

²²⁾ Vgl. Rein, a. a. O., S. 367. — Man denke auch an die bekannte Horazische Satire II, 1, v. 84—86. — L. 18 pr. cit. auf *mutua condonatio* zweier Injurien beziehen zu wollen, (so die Jenenser Disputation von Elias Reinbolt, *De compensationibus, sub praesidio Valentini Rimeri*, Jenae 1619, th. III.), wäre ganz verfehlt.

²³⁾ *Speculum juris*, Rubr. De accusatore, lib. 1 part. 2 n. 35. — Vgl. auch Pernice, *Labeo*, Bd. II, S. 11 ff.

Wenn dagegen Schwarze²⁴⁾ den Rechtfertigungsgrund für die Straflosigkeit des Prokurators darin finden will, dass es sich hier um eine „Abwehr“ der Ehrverletzung handle, so ist das nicht richtig. Die Beleidigung seitens des Dominus, wenn eine solche überhaupt in Frage steht, ist bereits abgeschlossen, abgewehrt kann sie nicht mehr werden; alles, was der Injurierte thun kann, ist, dass er sich von dem Makel zu reinigen sucht. Ähnlich wie Schwarze nimmt Seeger²⁵⁾ das „Du lügst“ als eine unter den Gesichtspunkt der Notwehr fallende „Erwiderung“ der Ehrenbeleidigung. Notwehr und Erwiderung verschmolzen ergeben aber einen unmöglichen Zwitterbegriff.

Keinesfalls fällt in l. 25 cit. für die Retorsionslehre auch nur das Geringste ab.

Der ferner herangezogene Ausspruch Ulpians in l. 4 § 1 D. de alien. jud. mut. c. f. 4,7:

»Haec enim verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, non est vituperanda« —

ist derart vagen Inhalts, dass man bei einiger Phantasie alles Mögliche daraus machen, bei nüchterner Betrachtung aber schlechterdings nichts damit anfangen kann²⁶⁾.

Ebensowenig endlich bietet l. 14 [13] § 6 D. de bon. libert. 38,2 irgend welche Ausbeute. Auch hier haben wir es nicht mit einem »speziellen Falle« der Retorsion von Injurien²⁷⁾, sondern mit etwas ganz Anderem zu thun.

L. 14 [13] § 6 cit. lautet, wie folgt:

»Si libertus majestatis crimine patroni filium accusavit, et patroni filius calumniae eum capitis puniri desideravit, non debet repelli hoc edicto. Idem puto et si ab eo petitus retorsit in eum crimina; ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus«.

Was hier zur Sprache gebracht wird, ist die prätorische Noterbfolge des patroni filius in den Nachlass des libertus²⁸⁾. Wenn — dies ist

²⁴⁾ a. a. O., S. 250 bei Anm. 9.

²⁵⁾ a. a. O., S. 299.

²⁶⁾ Vgl. Weber, a. a. O., S. 60 in Anm. 9.

²⁷⁾ So Günther, a. a. O., I., S. 117 in der Anm. 9 f.

²⁸⁾ Richtig Harpprecht, l. c. zu § 1 J. de injur. 4,4, n. 95, der freilich im Widerspruche mit sich selbst an anderer Stelle (s. oben Anm. 12) die l. 14 [13] § 6 cit. als Beleg für die Rechtmässigkeit der Injurienretorsion allegiert.

der Inhalt des ersten Satzes — der nachmalige Erblasser den Sohn seines Patrons wegen eines *crimen majestatis* angeklagt hatte, dieser aber die Anklage als wissentlich falsch, als eine *calumnia* bezeichnet, und wegen dieses Verbrechens seinerseits die Bestrafung des Anklägers verlangt hatte, so soll entgegen der im pr. der l. 14 [13] gegebenen Regel der Sohn des Freilassers von der *bonorum possessio contra tabulas* nicht ausgeschlossen sein. Und das Gleiche soll — dies besagt Satz 2 — auch dann gelten, wenn der angeklagte Patronssohn dem *libertus* im Prozesse seine Beschuldigung zurückgegeben hat. »Retorque«, von einem im Anklagezustande Befindlichen gesagt, heisst hier: während des Strafverfahrens seinerseits mit einer Anschuldigung gegen den Ankläger hervortreten²⁹⁾; und solche Retorsion soll dem Patronssohn bezüglich der Erbfolge in das Vermögen des vormaligen Anklägers nicht schaden, ihm nicht Erbverlust zuziehen³⁰⁾. Unerörtert bleibt dagegen in dem ganzen § 6, ob das Verhalten des [Erst-] Angeklagten rechtmässig oder aber rechtswidrig und strafbar sei, und in dem Schlusspassus

»ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus«
bemerke man wohl das »ei si«, (nicht ei, qui): es ist ihm in dem konkreten Falle, nicht: es ist ganz allgemein demjenigen, welcher auf Provokation Rache übt, zu verzeihen: er soll von der *petitio bonorum possessionis* nicht ausgeschlossen werden. Wo wäre hier auch nur ein Schein von dem Satze zu finden, dass es erlaubt ist, auf eine erlittene Injurie hin dem Injurianten ebenfalls einen Tort anzuthun?

Wir ziehen das Facit: Aus den Quellen lässt sich nicht belegen, dass die Römer ein Retorsionsrecht gegen Beleidigungen anerkannt hätten.³¹⁾

²⁹⁾ Man vergleiche die ähnlichen Wendungen »deterquere« (l. 3 § 14 D. de S. C. Siliano 29,5) und »relatio« (l. 5 pr. D. de publ. jud. 48,1). Von solcher prozessualen Anklageretorsion redet auch l. 19 C. qui accus. non poss. 9,1, welche von Günther, a. a. O., auch wieder auf einen „speziellen Fall“ der Injurienretorsion bezogen wird. — Richtig Perez, l. c., n. 10 zu tit. C. 9,1; Struvius, l. c., cap. 10, aphor. 6 n. 5.

³⁰⁾ Richtig Struvius, eod. loco; Weber, a. a. O., S. 59 in der Anm. 9; Schwarze, a. a. O., S. 250 bei Anm. 8.

³¹⁾ Mittermaier in Weiskes R.-Lex., v. „Injurie“, Bd. V, S. 904; Günther, a. a. O., S. 116 Anm. 9 f. — Über Notwehr gegen Injurien ist hier nicht zu sprechen; darüber vgl. namentlich Seeger, a. a. O., S. 299 ff.; Pernice, a. a. O., S. 23; Günther, a. a. O., S. 116 Anm. 9 f.

Ebensowenig aber war dem römischen Recht ein Retorsionsrecht gegen körperliche Verletzungen bekannt. Der thätlich Angegriffene darf zwar wiederschlagen, aber nur unter dem Gesichtspunkt der freilich im römischen Recht nicht ganz scharf umgrenzten Notwehr. Schlag mit Schlag, Verletzung mit Verletzung zu erwidern, ist nirgends zugelassen, wird vielmehr in l. 45 § 4 D. ad leg. Aqu. 9,2.

— »Illum . . ., qui vim infert, ferire conceditur . . ., si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit« — ganz bestimmt reprobiert.

§ 3.

B. Bestrafung der Retorsionsfälle. Compensation.

I. Wenn zwei Personen einander gegenseitig widerrechtlich verletzt haben, so neigt bei Beurteilung dieses Falles eine gewisse natürliche Lebensauffassung zu der Entscheidung, dass beide Theile quitt, und die Sache damit erledigt sei.¹⁾ Der juristische Sprachgebrauch drückt sich dahin aus, dass beide Thaten einander aufheben, sich gegenseitig kompensieren. Solche strafrechtliche Compensation hat man auch für das römische Recht in weitem Umfange, namentlich für Injurien, annehmen wollen, indem man sich auf den quellenmässigen Satz:

»Paria delicta mutua pensatione dissolvuntur« stützte. Indess ist die Tragweite dieses Satzes eine sehr viel geringere, als bei Ignorierung des ganzen Zusammenhangs sein Wortlaut vermuten liesse.

»Viro atque uxore mores invicem accusantibus« — sagt nämlich die l. 39 D. sol. matr. 24,3, welcher er entnommen ist, — »causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur; *paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.*«

Die Stellung dieses Fragments in dem Titel soluto matrimonio dos quemadmodum petatur und sein Eingang lehren, dass der Schlusssatz trotz seiner allgemeinen Fassung nur sagen will: Es solle bei der nach geschehener Ehescheidung mittels der actio rei uxoriae erfolgenden Vermögens-Auseinandersetzung, wenn beide Ehegatten einander

¹⁾ »Quis tulerit Gracchos de seditione querentes?« — Vgl. Pernice, a. a. O., S. 32.

Ehebruch vorwerfen, kein Teil dieserhalb von dem anderen in Anspruch genommen werden können, in dieser Hinsicht vielmehr eine Aufrechnung der beiderseitigen Verfehlungen Platz greifen.²⁾ Das »accusare« ist nicht technisch als Erhebung einer Kriminalanklage gemeint. Denn krimineller Ahndung unterliegen von den »mores« (scil. mali) nur die »mores maiores«, d. i. der Ehebruch; nur insoweit wäre also überhaupt eine Anklage wegen mores denkbar. Verletzung der ehelichen Treue durch den Ehemann stand aber im römischen Recht nicht unter Kriminalstrafe³⁾, so dass von einem »in vicem accusare« nicht die Rede sein könnte. L. 39 cit. ist hiernach strafrechtlich ohne Interesse; sie kennt nur civilis compensatio gleich den Parallelstellen l. 15 § 1 und l. 47 eod.⁴⁾, und wenn in letzterer Stelle es heisst, der Ehemann, qui lenocinium uxori praebuerit, könne diese wegen Ehebruchs nicht anklagen, so ist auch dies nicht als Deliktsskompensation materiellstrafrechtlicher Natur gemeint, sondern lediglich als die prozessuale Bestimmung, dass der Ehemann als Ankläger nicht zugelassen werde; dagegen könnte sehr wohl ein extraneus als Ankläger die Bestrafung sowohl der Frau (adulterium), wie die des Mannes (lenocinium) durchsetzen.⁵⁾ Hat somit das hier ausgesprochene Verbot der accusatio überhaupt mit strafrechtlicher Kompensation nichts zu schaffen, so fällt die Bemerkung von Maestertius,⁶⁾ dass die Delikte adulterium und lenocinium nicht paria seien, ins Leere.

²⁾ Kompensation bezüglich der retentio propter mores, Pernice, Labeo, II., S. 30 Anm. 13; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, 2. Aufl., S. 145.

³⁾ Bennecke, Strafrechtl. Lehre vom Ehebruch, I., S. 21 ff.

⁴⁾ L. 15 § 1: Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas L. 47: Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur; cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corripit, aut postea probavit?

⁵⁾ Unrichtig demnach z. B. Gonzalez Tellez in seinem Dekretalenkommentar zu cap. 3 X de adult. 5,16 i. f. — Wahres mit Falschem gemischt bietet die Darstellung von Glück, Erläut. d. Pand., Teil XV, Abt. 1 § 929 Ziffer 2. Unrichtig ist namentlich einmal die Auffassung, dass die Regel »Paria delicta« cet. ausser für das öffentliche Strafrecht allgemein gemeint sei, sodass folgeweise gegenseitige Verfehlungen, wenn sie gleicher Art, rücksichtlich der „Privatgenugthuung“ einander aufheben; weiter aber ordnet Glück — und dies ist der zweite Missgriff — diesem seinem Begriffe der „Privatgenugthuung“ nicht bloss die Privatstrafen, sondern alle sonst möglichen privatrechtlichen Folgen eines Delikts, also auch die reipersekutorischen, unter.

⁶⁾ Tractat. de compensationibus in seinen gesammelten Traktaten Lugduni Batav. 1664, p. 409.

Nur also für die zivilrechtlichen Folgen des Ehebruchs greift die Regel: »Paria delicta mutua pensatione dissolvuntur« Platz⁷⁾ — worauf hier nicht einzugehen.⁸⁾

Dass in strafrechtlicher Beziehung Kompensation ausgeschlossen sei, spricht für das adulterium und lenocinium direkt l. 2 § 4, § 5 und l. 13 § 5 [Mo. l. 14] D. ad leg. Jul. de adult. 48,5 aus.

»Qui hoc dicit«, — sagt l. 2 § 4 cit. — »lenocinio mariti id (scil. adulterium) fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est hujusmodi compensatio admissa«

und § 5 daselbst fährt fort:

»Si publico judicio maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accusatione? Et putem non repellere;⁹⁾ lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat.«

L. 13. § 5 cit. [Mo. l. 14.] ferner lautet:

»Judex adulterii ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat; quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque comunicare.«¹⁰⁾

⁷⁾ Richtig sagt Perez zu tit. C. 4,31, n. 9: »Ita . . . adulteria tolluntur, quatenus scilicet ex iis civiliter agitur ad id, quod privatim interest: secus si criminaliter«. Vgl. auch denselben n. 41 zu tit. C. 9,9, wo jedoch der Verlust der dos ungenau als »poena« bezeichnet wird. J. H. Boehmer, Jus. eccl. Prot., tom. IV., § 15 zu tit. X de adult. et stupro 5,16; Laur. Kirchovius, Receptae sententiae, Cent. 1, concl. 6.; Reinbolt-Rimerus, l. c., th. 63; Allard, Genter Inaugural-Diss. De compensationibus 1825, p. 13; teilweise unrichtig Harpprecht, l. c., n. 92 zu § 1 J. de injur. 4,4.

⁸⁾ Ob die Deliktskompensation der l. 39 durch eine innere Verbindung der beiden Delikte bedingt ist, mag deshalb auf sich beruhen. Hierüber Dernburg, a. a. O., S. 145 Text u. Anm. 3. — Über die zivilrechtliche Kompensation von gegenseitigem dolus und gegenseitiger culpa überhaupt vgl. Dernburg, a. a. O., S. 334—335; Pernice, a. a. O., S. 32 ff.

⁹⁾ Die hiernach anscheinend sich ergebende Antinomie mit l. 47 D. sol. matr. 24,3 (s. o. Anm. 4) interessiert, weil nur prozessual von Bedeutung, hier nicht.

¹⁰⁾ Diese Stelle ist ein Stück der von Augustinus de conjug. adult. 2,7 aus dem Cod. Gregorianus mitgeteilten, in Collectio libror. jur. antejust., tom. III. ed. P. Krüger, Berlin 1890, p. 241 abgedruckten Konstitution des Kaisers Antoninus.

Schwierigkeiten kann hier, in l. 13 § 5, freilich die Frage bereiten, welches denn die *mutua crimina* seien, insoweit es sich um das *crimen* des Mannes handelt. Man ist zunächst wohl geneigt, an einen Ehebruch desselben zu denken. Allein ein *adulterium* konnte nach römischer Auffassung der Ehemann gegen seine Frau überhaupt nicht begehen, vielmehr nur insofern, als er eine fremde Ehe störte; meint also l. 13 § 5 beiderseitigen Ehebruch, wie können dann die *crimina* als »*mutua*« bezeichnet werden? Immerhin gäbe es eine Lösung. L. 13 § 5 ist bereits ein Schritt über die enge altrömische Anschauung hinaus zu der weiteren, dass der Ehemann der Frau so gut eheliche Treue schuldet, wie diese ihm.¹¹⁾ Es liesse sich daher recht wohl die Annahme verteidigen, dass hier die Verletzung dieser Treue durch den Mann trotz Fehlens einer Strafdrohung bereits als »*crimen*« gegen die Frau bezeichnet würde. Von einem »*damnare*« des Ehemannes wegen dieses *crimen* würde aber dessenunbeschadet nur insofern die Rede sein, als er nicht bloß die eheliche Treue gebrochen, sondern sich mit einer fremden *uxor* vergangen. Der Sinn des ganzen Paragraphen wäre also der: Wenn beide Eheleute der Verletzung der gegenseitig geschuldeten ehelichen Treue überführt seien, so finde eine Kompensation nicht statt; die Frau ver falle deshalb doch der Strafe; der Mann möglicherweise (»*potest*«) ebenfalls, nämlich wenn sein Thun unter den Thatbestand des *adulterium* zu subsumieren sei. Dass diese Lösung etwas künstlich ist, kann nicht geleugnet werden. Einfacher ist es, anzunehmen, dass l. 13 § 5 ebenso wie l. 2 §§ 4, 5 von einem *lenocinium* des Ehemannes rede. Mag dem aber sein, wie ihm wolle, jedenfalls schliesst l. 13 § 5 die Aufrechnung von *mutua crimina* in krimineller Beziehung mit grösster Deutlichkeit aus. Eine Sonderregelung für die *crimina* gegen die Eheordnung wird man in diesem Satze unmöglich sehen können, vielmehr ein allgemeines Prinzip für das Strafrecht, zum Mindesten soweit es sich um öffentliche Strafe handelt.¹²⁾ Dass aber auch im Privatstrafrecht einander gegenüberstehende Delikte nicht, wie die in der romanistischen

¹¹⁾ Bennecke, a. a. O., S. 24.

¹²⁾ Soweit es sich um letztere handelt, herrscht grösstenteils Einverständnis. Vgl. z. B. Alb. Schulte, Leipziger Dissert. praeside Kühnhold, 1740, p. 3; Glück, a. a. O., § 929 Ziffer 1,2; Krug, Die Lehre von der Kompensation, § 57, S. 147; Hartter, Das röm.-deutsche Recht der Kompensation, § 43 Anm. 3; Heimbach, v. Compensation, in Weiske's R.-Lex., Bd. II, S. 744—746.

Theorie überwiegende Meinung hergebrachtermassen lehrte,¹³⁾ kompensiert worden sind, ersehen wir aus l. 38 § 2 D. de noxal. act. 9,4 von Ulpian. Hier heisst es:

»Si servus meus rem tuam subtraxerit et vendiderit, tuque nummos, quos ex pretio habebat, ei excusseris, locus erit furti actioni ultro citroque; nam et tu adversus me furti ages noxali servi nomine, et ego adversus te nummorum nomine«.

Also die actiones aus einander gegenüberstehenden Delikten erwachsen selbständig, von einander unbeeinträchtigt, und es kann nicht etwa, — wie dies z. B. Heimbach¹⁴⁾ ganz allgemein für wechselseitige Delikte annimmt, — der mit einer Deliktsklage, in l. 38 § 2 mit der actio furti, Belangte diese actio durch Hinweis auf das vom Kläger gegen ihn begangene Delikt aus dem Felde schlagen¹⁵⁾. Krug leugnet¹⁶⁾, dass der gedachten Stelle eine solche Tragweite zukomme; es werde hier nur gesagt, meint er, dass auf beiden Seiten eine actio furti begründet sei; daraus folge aber noch nicht, dass sie mit Erfolg ausgeübt werden könne. Aber die Worte:

» . . . et tu adversus me ages, . . . et ego adversus te« sind nicht zu missdeuten. Griffe compensatio delictorum Platz, so wäre ein gegenseitiges agere undenkbar, ganz wie es in l. 36 D. de dolo malo 4,3 von der zivilrechtlichen Doluskompensation heisst:

»Si duo dolo malo fecerint, adinvicem de dolo non agent.«

Die Anwendbarkeit unserer Quellenstelle auf gegenseitige Injurien speziell unterliegt keinem Zweifel. Glück¹⁷⁾ lehrt für das römische Recht gemäss seiner Auffassung über den Geltungsbereich der Regel »Paria delicta mutua compensatione tolluntur«: bei wechselseitigen Injurien, wenn sie der Art und Grösse nach einander gleich gewesen seien, habe Deliktskompensation stattgehabt¹⁸⁾, wohingegen z. B. eine Injurie mit einem Diebstahl, eine Realinjurie mit einer Verbalinjurie nicht aufgerechnet worden sei¹⁹⁾. Die Negative ist richtig, falsch aber

¹³⁾ So z. B. Schulte, l. c., p. 3—5; Hartter, a. a. O., § 43, S. 140.

¹⁴⁾ In Weiske's R.-Lex. II, S. 745.

¹⁵⁾ So richtig Maestertius, l. c., qu. 17.

¹⁶⁾ a. a. O., § 53 Anm. 293.

¹⁷⁾ a. a. O., § 929, Ziffer 2 d.

¹⁸⁾ Ähnlich Krug, a. a. O., § 57 S. 148: „sofern die gegenseitigen Injurien selbst und die Art der deshalb stattfindenden Privatgenugthuung einander gleich sind“.

¹⁹⁾ Ebenso Schulte, l. c., p. 4—5 und viele Andere.

die positive Regel; für sie fehlt jeder Quellenbeweis, namentlich bietet die von Glück²⁰⁾ und Hartter²¹⁾ allegierte l. 52 § 1 D. ad. leg. Aqu. 9,2²²⁾, die bekanntlich in der Notwehrlehre eine wichtige Rolle spielt, für unsere Frage nicht das Geringste.

Von der Kompensation der Delikte selbst will aber scharf geschieden sein die Aufrechnung der Privatstrafansprüche von Summe zu Summe, quoad concurrentes quantitates, wie es in l. 4 C. de comp. 4,31 heisst: die compensatio »propria«, im Gegensatz zu welcher jene bisher behandelte in der Litteratur compensatio »impropria« s. »irregularis« heisst²³⁾. Sie kennen die Quellen sehr wohl, wie durch l. 10 § 2 D. de compens. 16,2 belegt wird:

»Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva ceterorumque maleficiorum, si de ea re pecuniarie agatur, compensatio locum habet«²⁴⁾.

Cujacius²⁵⁾ will in der Fortsetzung dieser Stelle:

— »idem est et si ex causa furtiva condicatur« —
statt idem est »id est« lesen, so dass Kompensation nur bei der conditio

²⁰⁾ a. a. O. (cf. Anm. 17).

²¹⁾ a. a. O., § 43 Anm. 6.

²²⁾ Es ist dies die Stelle von dem Gastwirth, der dem Laternendiebe ein Auge ausgeschlagen hat.

²³⁾ Vgl. Schulte-Künhold, l. c., p. 4,5.

²⁴⁾ L. 154 pr. und § 1 D. de div. reg. jur. 50,17, l. 36 D. de dolo malo 4,3 und l. 57 § 3 D. de contr. empt. 18,1, sämtlich häufig in gleichem Sinne herangezogen, (vgl. z. B. München, Das kanon. Gerichtsverf. und Strafrecht, Bd. II, S. 607) gehören nicht hierher. L. 154 pr. cit. spricht zwar von par »delictum«, aber nicht technisch; die hier in Rede stehende Klage ist irgend eine beliebige Zivilklage oder etwa speziell, wie die gl. cum par delictum will, eine Klage auf Konventionalstrafe; oder nach der Erklärung von Jac. Gothofredus ad h. l. (s. auch Lenel, Paling., II, p. 822 n. 3) ein possessorisches Interdikt mit Bezug auf die exceptio vitiosae possessionis. Auch § 1 dieser lex denkt richtiger, bereits in der gl. illi hierzu i. f. ausgesprochener Ansicht nach nicht an Deliktsstrafe, sondern an Konventionalstrafe (schwerlich richtig ist die ebenfalls in der gl. illi niedergelegte Ansicht, man könne auch an den Fall denken, dass B dem A eine Sache gestohlen habe und dieselbe ihm durch C gestohlen worden sei; dann stehe dem B gegen C nicht die actio furti zu, weil er selbst in poenam verfallen sei). Die übrigen Stellen endlich beziehen sich lediglich auf Kompensationen von dolus gegen dolus, auf die sich nicht in pönaler Richtung bewegende actio (exceptio, replicatio) doli.

²⁵⁾ Observationes et emend. lib. 13 cap. 37.

furtiva, nicht auch bei der *actio furti* Platz greifen würde. Diese Konjektur ist aber willkürlich²⁶⁾.

Die Kompensation aber, die l. 10 § 2 cit. meint, ist ganz anderer Natur als die DeliktKompensation. Letztere hebt mit einer vergleichenden Beobachtung der beiden Thaten selbst nach ihrer Schwere, ihrer Bedeutung als Rechtsverletzungen, an und fragt nur danach, ob hierbei sich eine Gleichheit herausstellt; wenn dies der Fall, so erscheinen die Delikte selbst als vom Erdboden vertilgt²⁷⁾. Ganz anders die Kompensation der Strafansprüche. Sie ist nichts Anderes, als eine reguläre »debiti et crediti inter se contributio,« wie l. 1 D. de comp. 16,2 die Kompensation definiert. Schon der Umstand, dass l. 10 § 2 cit. nur von Kompensation zwischen einer Deliktsforderung einerseits und irgend einer beliebigen Gegenforderung andererseits redet, also gar nicht notwendig 2 Delikte voraussetzt, und weiter der Platz, den l. 10 § 2 in der Justinianischen Kompilation einnimmt — es ist die *sedes materiae* für die zivilrechtliche Kompensation von Forderungen, — lehren, dass der hier ausgesprochene Satz nicht mehr besagt als: ganz wie jede andere Obligation eignen sich auch die *obligationes ex delicto* zur Kompensation. Selbst wenn also hüben und drüben delinquent worden ist, ist mit dem Gegenüberstehen der Strafthaten nicht schon von selbst die Aufrechenbarkeit gegeben,²⁸⁾ sondern es wird für jedes der Delikte die gebührende Strafe ausgeworfen und erst dann Summe gegen Summe rein ziffermässig aufgerechnet.²⁹⁾

²⁶⁾ Dernburg, a. a. O., S. 244.

²⁷⁾ S. Heimbach, a. a. O., S. 745; Hartter, a. a. O., § 43 S. 139.

²⁸⁾ Dies nimmt beispielsweise Perez, n. 9 zu tit. C. 9,35 an. Falsch auch München, a. a. O., S. 607, welcher zu seiner Annahme, dass keiner von beiden Teilen wegen der erlittenen Injurie klagbar werden könne, durch fälschliche Verwertung der Sätze über Doluskompensation (oben Anm. 24) geführt wird. Richtig Harpprecht, l. c., n. 93 und 94 zu § 1 J. de injur. 4,4.

²⁹⁾ Scharf und klar Silberradt in seiner (Altdorfer) Inaugural-Dissert. De compensationibus, Altdorphi 1659, th. 36: Quamvis ipsa delicta habile compensationis objectum non agnoscam, illud tamen, quod ex delictis nobis debetur, in compensationem deduci posse dubitandum non est, si civiliter et ad poenam pecuniariam agatur. S. auch Schulte-Künhold l. c., p. IV: pertinet lex 10 ad compensationem proprie sic dictam. Maestertius, l. c. qu. »an delicta compensari poss.« p. 408: (Compensatio) non ipsius maleficii, sed pecuniae debitae propter maleficium; Glück, a. a. O., 2. Aufl., S. 66—67. Mittermaier bei Feuerbach, Lehrb., § 296a Note 3 und 4; Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrechte, S. 82; Schwarze, a. a. O., S. 249. — Zweifeln Krug, a. a. O., § 53, Anm. 293 und 296.

Diese Deliktsanspruchskompensation hat sonach vor der gewöhnlichen zivilrechtlichen Kompensation der Schuldforderungen gar Nichts voraus; vielmehr greifen für sie ganz die gewöhnlichen Regeln des Obligationenrechts Platz. Dass die Injurien, (wenn solche in Frage,) verbale, oder dass die *delicta paria* sein müssten,³⁰⁾ ist für sie nicht erforderlich.

Selbstverständlich ist solche Kompensation aber, den allgemeinen Regeln entsprechend, dann unmöglich, wenn die Strafansprüche nicht einander gegenüberstehen; so namentlich im öffentlichen Strafrecht³¹⁾; hier liegen ja beide Ansprüche *ex crimine* in der Hand desselben Berechtigten, nämlich des Staates — wofern man überhaupt die Aufstellung eines obligationsähnlichen staatlichen Strafanspruchs als römisch-rechtlich gelten lassen will.

Kriminell ist diese obligatorische Kompensation ohne jedes Interesse. Wahre Deliktskompensation aber, insbesondere von Beleidigungen und körperlichen Verletzungen, ist dem klassischen und nachklassischen römischen Recht unbekannt.

II. Auch sonst finden sich, soweit wir sehen, im römischen Recht keine Sätze, welche für die Bestrafung der Retorsionsfälle irgend welche Sonderbestimmungen böten. Nur ist hervorzuheben, dass das römische Strafrecht schon den Affekt als strafmildernden Umstand kannte, auch in den Fällen, wo dieser Affekt durch eine dem Thäter zugefügte Verletzung hervorgerufen war, und seine im Affekt begangene Handlung sich als Rache darstellt³²⁾. Man wird hiernach nicht fehlgreifen, wenn man auch für die Fälle der Retorsion einer in-

³⁰⁾ Dies verlangen z. B. noch Köstlin, a. a. O., S. 82 bei Anm. 3, München, a. a. O., S. 608.

³¹⁾ Eigentümlich Köstlin, a. a. O., S. 82, Text zu c und Anm. 4, der für den gemeinen Gerichtsgebrauch aus den römischen Quellen entnehmen will, dass »bei wechselseitigen Injurien, falls sie beiderseits mit der *actio aestimatoria* resp. in Folge einer Kriminalanklage zu Geld angeschlagen waren«, kompensiert worden sei, wohingegen »bei anderen öffentlichen Strafen« die Kompensation ausgeschlossen gewesen sei. Lassen wir selbst dahingestellt, ob im Rechte Roms, was höchst zweifelhaft, jemals öffentliche Geldstrafe wegen Injurien verhängt worden sei, so ist auf alle Fälle die Meinung irrig und die Behauptung unbewiesen, dass überhaupt bei öffentlichen Strafen kompensiert worden sei. War doch auch, wenn die öffentliche Strafe eine Geldstrafe war, der Staat der gegen beide Injurianten der Forderungsberechtigte; wie sollte da obligatorische „Aufrechnung“ denkbar sein?

³²⁾ Vgl. die Berücksichtigung des *justus dolor* eines Ehemannes, der seine im Ehebruch ertappte Ehefrau oder einen (nicht zu den *viles personae*, die ihm zu töten

juria vermutet, dass auf den durch die Provokation verursachten justus dolor bei Abmessung der Strafe des Retorquenten, soweit dem Richter überhaupt freie Bewegung möglich war, Rücksicht genommen worden ist.

ZWEITES KAPITEL.

§ 4.

Das kanonische Recht.

I. Ein hervorragender Zug in der Sittenlehre der christlichen Kirche ist der, dass die Rache durchaus als sittlich verwerflich und als Gott allein vorbehalten erscheint, und Vergeltung von Bösem mit Bösem verpönt wird.¹⁾ Bei der innigen Verschmelzung von Religion, Moral und Recht, wie sie in den kanonischen Satzungen durchweg begegnet, ist dementsprechend dem Geiste der Kirche ein Verwerfen der Privatrache auch für das Gebiet der Rechtsordnung naturgemäss.²⁾ In der That sprechen die Quellen diese Maxime mehrfach aus;³⁾ speziell werden für die Blutrache, für Tötungen »per vindictam« alicujus, »pro ultione« alicujus bereits in den Bussbüchern Pönitenzen auferlegt. Für Beleidigungen und Körperverletzungen findet sich ein Verbot der Retorsion ausdrücklich nicht ausgesprochen;⁴⁾ sind ja überhaupt diese beiden Delikte, zumal die injuria, im kanonischen Strafrechte einigermaßen zu kurz gekommen. Dass aber in einer Rechts- und Sittenlehre,

erlaubt war, gehörigen) adulter erschlagen hatte: Paulus, Sent. II, 26,5; Paulus in Coll. leg. Mos. et Rom. IV, 3,6; Papinianus in Coll. IV, 10; l. 1 § 5 D. ad leg. Corn. de sicar. 48,8; l. 38 § 8 (Mo. l. 39) D. ad leg. Jul. de adult. 48,5; l. 4 C. ad leg. Jul. de adult. 9,9.

¹⁾ Vgl. Römerbrief 12,17, 19; Matthäus-Evang. 18,21 ff.; 1. Thessal. 5,15.

²⁾ München, a. a. O., Bd. II, S. 10.

³⁾ So annähernd bereits im Poenitentiale Gildae, § 18 (vgl. dasselbe bei Wasserscheleben, Die Bussordnungen der abendländ. Kirche, S. 107): »Offensus quis ab aliquo debet hoc indicare abati, non tamen accusantis, sed medentis affectu, et abas decernat«. S. ferner c. 1 C. 23 qu. 3; cap. 18 X. de homic. 5,12 (»non ad sumendam vindictam«); gl. moderamine und gl. significasti hierzu (in letzterer heisst es in dem »casus« i. f.: »... vindicta non est sumenda, sed injuria propulsanda«).

⁴⁾ Von einem Falle, in welchem Jemand mit einem Anderen »alternatim convicia inferendo certavit«, handelt cap. 16 X. de jurejur. 2,24; auf die strafrechtliche Behandlung des Falles wird dort indess nicht eingegangen.

derzufolge wer einen Schlag auf die eine Backe erhalten, die andere hinhalten soll, ein Vergeltungüben wegen erlittener Ehr- und Körperverletzung keinen Platz haben kann, bedarf keines Beweises. So blieb also auch im kanonischen Recht die Retorsion unerlaubt.⁵⁾

II. Rücksichtlich der Bestrafung der bei einem Retorsionsfalle Beteiligten wirft sich zunächst die Frage nach etwaiger Kompensation auf. Zwei — offenbar auf dem römischen Recht basierende — Papstbriefe, die als cap. 6 und 7 tit. de adulteriis 5,16 in Gregor des Neunten Dekretalensammlung aufgenommen sind, und in denen sich der Passus findet, dass »paria delicta mutua compensatione tollantur«, haben häufig als Argument für die Behauptung herhalten müssen, das Recht der römischen Kirche habe Kompensation von Delikten auch auf strafrechtlichem Gebiete anerkannt. Allein wie bezüglich des römischen Rechts, so ist auch hier jener allgemein klingenden Wendung eine ungehörlich grosse Tragweite zugeschrieben worden.

In cap. 6 cit. nämlich klagt eine Ehefrau gegen ihren Ehemann auf Wiederaufnahme und Wiederherstellung des ehelichen Lebens, und der Ausspruch, dass paria delicta einander aufheben sollen, wird der Entscheidung des Papstes von diesem nur in dem Sinne zu Grunde gelegt, dass die Ehefrau die beklagtische exceptio adulterii durch die Replik, auch der Mann habe sich der gleichen Verfehlung schuldig gemacht, entkräften und ihr Klagebegehren durchsetzen könne.

Nicht anders steht es mit cap. 7 daselbst. Beide Ehegatten haben auch hier Ehebruch begangen, und die Ehefrau klagt auf Wiederherstellung des ehelichen consortium, wohingegen der Ehemann separatio quoad torum verlangt. »Super quo tibi taliter respondemus«, so dekretiert der Papst »quod cum paria crimina compensatione mutua deleantur, vir hujusmodi fornicationis obtentu suae uxoris consortium nequit declinare«. Dass an ein gegenseitiges Aufwiegen der beiden Strafthaten in Bezug auf die Bestrafung nicht gedacht ist, beweist schon der Umstand, dass, wie im Thatbestande des Falles erwähnt

⁵⁾ Unklar München, a. a. O., S. 606—607, wenn er für das kanonische Recht — ohne Belege — lehrt, dass, „wer die Fortsetzung einer zugefügten Beleidigung sofort und in gehörigem Masse durch Gegenbeleidigung unterbreche und abwehre“, keine Injurie begehe. Gegenbeleidigung ist immer Rache, niemals mehr Abwehr, und immer unstatthaft. Richtig dagegen die Ausführung München's auf S. 607, dass, wer nicht ein drohendes neues Unrecht abwehrt, sondern das zugefügte vollendete durch Gegenbeleidigung zu vergelten sucht, unerlaubte Rache ausübt.

wird, die Ehegattin wegen des von ihr begangenen Ehebruchs bereits Busse thut. Die Kompensation hat also auch hier nur für die zivilrechtlichen Folgen des adulterium Bedeutung.⁶⁾

Für Injurien speziell stellt Johannes Bertachinus († 1497) in seinem »Repertorium« s. v. »Compensatio«⁷⁾ als kanonischrechtlich den Satz auf:

»Compensatio habet locum in actione injuriarum reciprocarum« unter Bezugnahme auf cap. 1 verb. civitas in Clem. de poen. 5,8 und cap. contingit (36) X. de sent. excomm. 5,39. Die angeführten Stellen beweisen jedoch nichts. Wie die erstere hierher bezogen werden soll, ist überhaupt nicht abzusehen; sie bestimmt nur, dass, wenn jemand sich an seinem Bischof vergriffen hat, die Stadt dem Interdikt verfallen sein solle. Aber auch cap. 36 X. cit. ist nicht beweiskräftig. Der Papst schreibt nämlich im Jahre 1206 an den Erzbischof von Brachara (jetzt Braga in Portugal), wie folgt:

»Contingit interdum, quod clerici, si quem offendant et satisfacere velint offenso, secundum morem patriae, quem inter se laici jam observant, corpora sua sponte supponunt XXX vel XL seu pluribus aut paucioribus percussionebus fustium, quas frequenter non coacti suscipiunt, sed volentes, non solum de aliorum clericorum manibus, sed etiam laicorum. Unde nos humiliter consulebas, utrum hujusmodi percussores in canonem incidant »Sententiae promulgatae«. Nos autem fraternitati tuae super hoc taliter respondemus, quod hujusmodi manus injectio, etsi non violenta, tamen injuriosa videtur, quum ille canon non tam in favorem clerici ordinati, quam in favorem ordinis clericalis fuerit promulgatus. Ideo et volumus et mandamus, ut id de cetero prohibeas attentari per provinciam Bracharensensem. Si quis autem clericus post prohibitionem hujusmodi sponte se subjecerit tali poenae, vel laicus in eum talem poenam injecerit,

⁶⁾ Man halte zur Vergleichung c. 1 C. 32 qu. 6 und cap. 4 und 5 X. de divort. 4,19 daneben; sie besagen dasselbe wie cap. 6 und 7 cit. — Zutreffend bezüglich dieser letzteren die Ausführung von Tellez in seinem Kommentar zu cap. 7 cit. — Nicht weit genug geht Heffter, Lehrb. des gem. deutschen Strafrechtes, § 311 Anm. 15, wenn er meint, das cap. 7 beziehe sich nur „auf öffentliche, weltliche Bestrafung“ nicht mit; es bezieht sich eben überhaupt nicht auf Bestrafung.

⁷⁾ In der Ausgabe Venetiis 1494 p. I, fol. 154.

excommunicetur uterque, proviso, ut clericus injuriam passo sine injuria clericali satisfaciat competenter«

Es wird also der Landesbrauch, dass ein Kleriker sich zur Sühne für eine von ihm begangene offensio einer körperlichen Züchtigung durch Andere unterziehe, als mit der geistlichen Würde in Widerspruch stehend gemissbilligt. Hiernach scheint damals in dem Gebiet von Brachara eine gewisse Art Privatvergeltung in Übung gewesen zu sein.⁸⁾ Die päpstliche Entscheidung beschränkt sich aber darauf, die freiwillige Unterwerfung eines Geistlichen unter diesen Brauch zu verbieten. Ein Mehreres ist darin nicht enthalten. Auch c. 1 X. de injur. 5,36, welches die Summa Angelica zitiert, handelt nicht von Kompensation wechselseitiger Delikte, behandelt vielmehr nur den Fall, dass in Folge einer rixa einseitig »percussit alter (der Eine) proximum suum.«

So zeigt sich also von pönaler Kompensation im kanonischen Recht so wenig eine Spur wie im römischen.⁹⁾

Auch sonst fehlen besondere Vorschriften für die Strafanwendung in Retorsionsfällen. Der Affekt des Retorquenten mag als strafmildernd gewürdigt worden sein; ausdrücklich bestätigen dies die Quellen jedoch nicht.

DRITTES KAPITEL.

Die italienische Wissenschaft bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts.

§ 5.

A. Die Glosse.

Während das Ergebnis der Durchforschung des rein römischen Rechts nach Grundsätzen über die Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen ein wesentlich negatives war, zeigen sich in der Verarbeitung des römischen Quellenmaterials durch die Glossatorenschule, wie sie in der „Glosse“ uns entgegentritt, bereits die ersten, freilich noch sehr geringfügigen Keime der späteren Retorsions-

⁸⁾ Möglicherweise westgothischen Ursprungs. Vgl. Lex Wisigoth. V (VI) tit. 4 cap. 3; Dahn, Westgoth. Studien, S. 220; Günther, Idee der Wiedervergeltung, I, S. 187, insbes. Anm. 77.

⁹⁾ Die Ausführungen von München, a. a. O., S. 607—608 gründen sich ausschliesslich auf das römische Recht, kanonischrechtlich sind dieselben nicht.

lehre.¹⁾ Den Glossatoren lag zwar die Absicht gänzlich fern, das überkommene Recht weiter zu bilden; aber unbewusst haben sie trotzdem, wie bekannt, vielfach neue Sätze aufgestellt.

Die von uns oben im ersten Kapitel angezogenen Quellenstellen haben seitens der Glossatoren im Allgemeinen eine richtige und nicht über den quellenmässigen Sinn hinausgehende Deutung erfahren. So hat die Glosse namentlich an dem Satze festgehalten, dass nur Verteidigung erlaubt, Rache unerlaubt ist,²⁾ und auch für injuria keine Ausnahme gemacht;³⁾ sie hat ferner nicht, wie es später geschah, l. 25 D. de procur. 3,3 dahin ausgelegt, dass das Vorwerfen einer Lüge erlaubt sei;⁴⁾ sie hat endlich nicht verkannt, dass der Satz »Paria delicta« cet, wo er in den Quellen vorkommt, sich nur auf die zivilrechtlichen Folgen des Ehebruchs, auf die Trennung der Ehe und die Lukrierung der dos bzw. der donatio propter nuptias bezieht.⁵⁾

Zwei Bemerkungen in der Glosse enthalten indess Ansätze zu einer Verdunkelung oder unrichtigen Auffassung des römischen Rechts.

1. Während, wie wir sahen, l. 14 [13] § 6 D. de bon. libert. 38,2 richtiger Deutung nach die Frage ganz bei Seite lässt, ob oder wie jemand sich straflos rächen dürfe, ist die Glosse bereits der Ansicht, dass hier eine Erlaubnis zur ultio gegeben sei:⁶⁾ aus dem »ignoscendum« der Stelle wird ein »licet.« Demgemäss muss nunmehr die

¹⁾ Die Bezeichnung »retorquere« als technisch für Erwiderung einer Beleidigung oder Körperverletzung findet sich in der Glosse noch nicht.

²⁾ Gl. ulciscendi zu l. 45 (46) § qui cum aliter (4) D. ad leg. Aquil. 9,2.

³⁾ Vgl. vielmehr gl. arcere zu l. si te bonis (10) C. de jure delib. 6,30: »... licet ab aliquo patiaris injuriam, non tamen alii per hoc injuriosus eris«.

⁴⁾ Gl. mentiri ad h. l.

⁵⁾ Gl. viro atque uxore, Casus, zu l. viro atque uxore (39 [40]) D. sol. matr. 24,3; gl. accusantibus ad eand. leg., wo Accursius ausdrücklich bemerkt, dass criminaliter accusatione instituta sehr wohl vindicta posci posset, also keine Compensation statthabe. — L. 47 D. eod. wird von der Glosse richtig dahin verstanden, dass nur prozessual eine Beschränkung in der Anklagefähigkeit festgesetzt wird, vgl. gl. accusantibus zu l. 39; gl. audiendus est zu l. cum mulier (47 [49]) D. sol. matr. 24,3; gl. non exhibeat zu l. si uxor (13) § judex adulterii (5) D. ad leg. Jul. 48,5. Für die Autonomie zwischen l. 2 § 5 D. ad leg. Jul. und l. 47 D. sol. matr. geben die zitierten Glossen vornehmlich die Lösung, dass der Angeklagte solange seinerseits den Ankläger anklagen könne, als sein nomen noch nicht inter reos receptum sei, nachher nicht mehr.

⁶⁾ Gl. ulciscendi zu l. 45 (46) § qui cum aliter (4) D. ad leg. Aqu. 9,2, i. f. — von Accursius.

Glosse natürlich auch der Frage näher treten, wieso in dem Falle der l. 14 der allgemeinen Regel zuwider Rache erlaubt sei; und sie findet die Antwort darin, dass es sich hier um Vergeltung per judicem, durch Beschreitung des Rechtsweges, handle: solche Rache sei statthaft.⁷⁾

2. Die zweite Unrichtigkeit fällt in den Bereich der Kompensationslehre. Die l. 10 D. de compens. 16,2 spricht, wie oben entwickelt, nur den Satz aus, dass die obligationes ex delicto ganz wie andere Forderungsrechte zur Aufrechnung tauglich seien, während sie nicht besagen will, dass die Delikte selbst einander aufheben. In diesem Sinne legt zwar Vivianus die l. 10 richtig aus, indem er mit wünschenswerter Klarheit dieselbe dahin glossiert:

»Tenebaris mihi in decem ex causa furti, quia rem meam surripuisti: ex alia causa tenebar tibi in aliis decem; an hincinde locum habeat compensatio. Dicitur, quod sic...«⁸⁾

Accursius dagegen fasst den Sachverhalt nicht so scharf auf. Schon die öftere Betonung des von ihm aufgestellten Satzes, dass, anders als sonst bei der Aufrechnung, »in delictis« die Kompensation ipso jure, »adeo, ut hominis factum non sit necessarium«, geschehe, ebenso wie dolus cum dolo kompensiert werde,⁹⁾ lässt darauf schliessen, dass er von der Auffassung ausgeht, die Kompensation ex maleficio sei eine wechselseitige Aufhebung der beiden Delikte selbst, und diese Vermutung findet ihre Bestätigung in dem Umstande, dass er in gl. paria enim zu l. 39 D. sol. matr. 24,3 aus dem Text dieser Stelle den Satz excerpiert: »delictum cum delicto compensari«,¹⁰⁾ welcher offenbar für das ganze jus privatum einschliesslich des Privatstrafrechts Giltigkeit haben soll.

B. Die übrige Litteratur.

§ 6.

Das italienische Strafrecht der uns hier interessierenden Periode ist bekanntlich aus drei Quellen hervorgeflossen: Aus dem Rechte

⁷⁾ Gl. ulciscendi (Anm. 6); ferner gl. retorsit zu l. qui cum (natu) major (13 [14]) D. de bon. libert. 38,2.

⁸⁾ Im »casus«, verb. »quoties«.

⁹⁾ Gl. eligere fidejussorem zu l. 5 D. de comp. 16,2; gl. ipso jure zu l. 10 pr. eod.; gl. locum habet zu l. 10 § 2 eod.

¹⁰⁾ Zur Verbrämung wird gewöhnlich das »Nil Judaeus Judaeo, nil Catilina Cethego« Juvenals beivermerkt, vgl. gl. palam zu l. 3 § lege Julia (5) D. de test. 22,5; gl. accusantibus zu l. viro atque uxore (39 [40]) D. sol. matr. 24,3.

Alt-Roms, dem kanonischen Rechte und neu sich bildender, zum Teil germanischer Rechtsanschauung entspringender Gewohnheit. Hierdurch beeinflusst, zerlegt sich auch die Litteratur dieses Zeitabschnitts in drei Gruppen. Die erste dieser Gruppen bilden die Romanisten, die nur das überkommene römische Recht weiter auszubauen beflissen waren, nach den Glossatoren die Kommentatoren (Postglossatoren, Consiliatoren); sie behandeln das Strafrecht nicht ex professo, sondern nur als überlieferten Teil des ganzen Rechtsstoffs, gelegentlich an den verschiedensten Stellen, wie es die Legalordnung mit sich bringt. In gleicher Weise sich an die kirchlichen Rechtsquellen, insbesondere die Dekretalen, anschliessend, stellen die kanonistischen Autoren (Dekretisten, Dekretalisten) die zweite Gruppe dar. Endlich die eigentlichen Kriminalisten, insbesondere Praktiker, dem lebendigen Recht zugewandt und vom geschriebenen Rechte unabhängig, bilden die dritte Klasse. In ihren Werken, in denen allein das Strafrecht sich systematischer Anordnung der Darstellung erfreut, liegt naturgemäss im Allgemeinen der Schwerpunkt für kriminalistische Untersuchungen. Indessen sind die Beziehungen der Kriminalisten zu den Legisten und Kanonisten immerhin zahlreich, und gerade in den hier einschlägigen Fragen ist die Anknüpfung an Stellen des *corpus juris civilis* und des *c. j. canonici* so ausschlaggebend, dass unsere Untersuchung beständig auch mit den Autoren der beiden anderen Gruppen Fühlung behalten muss.

Eine Zerlegung der Erörterungen nach zeitlichen Unterabschnitten war unangänglich; dagegen ist selbstverständlich der chronologischen Aufeinanderfolge der Schriftsteller Rechnung getragen worden.

I. Die Frage nach dem Deliktscharakter der Retorsion.

I. Die Retorsion von Beleidigungen.

§ 7.

a) Gegenbeleidigung.

Obwohl die italienische Rechtswissenschaft an dem Fundamentalsatze, dass man wegen eines erlittenen Unrechts sich nicht selbst rächen dürfe, festgehalten hat,¹⁾ ist sie dennoch von demselben hin-

¹⁾ Vgl. Jacobus de Arena, Lect. zu l. 3 D. de j. et j. 1,1, der wie die Glosse den Satz aufstellt, dass Rache nur *per modum accusationis*, non autem *per modum propriae ultionis* statthaft ist, und denselben durch l. 14 [13] § 6 D. de bon. lib. 38,2

sichtlich der Beleidigungen in gewissem Masse unvermerkt abgekommen. An das überkommene römische und kanonische Recht anknüpfend haben die Italiener, grossenteils in Folge missverständlicher Interpretation, eine Reihe von Sätzen für die Retorsion und Kompensation aufgestellt, die dann in das gemeine deutsche Recht übergegangen sind. Auch der Gebrauch des Wortes »retorquere« in dem Sinne der Erwiderung einer injuria geht auf sie als seine Urheber zurück.²⁾

belegt. S. auch Cinus, Comment., zu l. recte C. unde vi 8,4, pr.; Paulus de Castro, Commentarii, zu l. si te bonis (10) C. de jure delib. 6,30: »licet quis recipiat ab alio injuriam, non debet tamen ipse alteri injuriari«. — Ganz biblisch und ohne Fühlung mit der Jurisprudenz sind die Ausführungen des Frater Astesanus in seiner Summa, der sog. Astesana. In lib. 2 tit. 14 § 6 wirft derselbe die Frage auf, *utrum aliquis debeat contumelias sibi illatas sustinere*, und beantwortet sie bejahend; *quandoque tenemur enim*, motiviert er, *habere paratum animum ad contumelias tolerandas*, ... *quandoque omnem injuriam illatam repellere*, tum propter bonum contumeliantis, scilicet ut ejus audacia reprimatur et de cetero hujusmodi non attemptet . . . , tum propter bonum multorum, quorum prosectus impeditur per contumelias nobis illatas. Also man soll die Schmähung ertragen; repellere soll man sie nur aus altruistischen Motiven, nämlich zum Besten des Schmähenden selbst oder Dritter — et omnes repellere moderate, scilicet ex affectu caritatis, non ex cupiditate privati honoris, wie es weiterhin heisst. Verpönt der Autor somit die Rache, welche dem Beleidigten Genugthuung zu verschaffen bezweckt, so überrascht zunächst die in § 9 eod. loco aufgeworfene Frage, *utrum melius fiat vindicta vel satisfactio silendo, quam convicianti respondendo*. Aber in der Antwort hierauf bleibt der Frater Astesanus seinem Standpunkt doch treu, und es zeigt sich, dass er in § 9 nur darüber handeln will, in welchem Verhalten der Beleidigte seine innere Befriedigung suchen (nicht: sich äusserlich Genugthuung verschaffen) soll.

²⁾ Vgl. z. B. Guilielm. Durantis, Spec. jur., lib. 1 partic. 2, rubr. De accusatore n. 11: »injuriam injuriam retorquere«. Doch wird der Ausdruck nicht ausschliesslich in unserem Sinne, vielmehr auch in der quellenmässigen Bedeutung gemäss l. 14 § 6 D. de bon. lib. 38,2 — z. B. Bartolus zu l. 25 § sed si adversarius D. de procur. 3,3, n. 1 — und vorwiegend, auch in den Substantivformen retorquutio, retorcutio, retortio, für die Anwendung eines jus iniquum im Sinne des Pandektentitels quod quisque juris in alterum statuerit 2,2 gebraucht, cf. die Kommentare von Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, Alexander Tartagnus Imolensis und Jason Maynus zu diesem Titel, auch das Repertorium von Bertachinus, p. III. v. »Retorcutio« (in der Ausg. Venetiis 1494 fol. 147). — Für Retorsion in unserem Sinne kommt hie und da auch reproperare injuriam vor, entsprechend dem improperare injuriam — Bajardus, zu Jul. Clarus, § Injuria n. 14; Giacharius daselbst n. 67 Abs. 2 — oder referre injuriam (Gegenstück zu inferre injuriam) — vgl. Celsus Bargalius, Tractatus de dolo, lib. 6 reg. 15 n. 53, 55; Pacianus, De probationibus, lib. 1 cap. 59, n. 45, 47, 51.

Die wissenschaftliche Herausbildung der Retorsionslehre geht von zwei verschiedenen Ausgangspunkten aus.

I. Der erste dieser Ausgangspunkte ist die l. 25 D. de procur. 3,3. Wie ein roter Faden zieht sich durch die Schriften der Italiener unserer Periode die irrtümliche Annahme hin, dass der procurator nicht delinquiere, wenn er in dem Falle der l. 25 dem dominus erkläre, derselbe lüge.³⁾ Einer genauen Untersuchung und Abgrenzung dieses Falles, in dem man solchergestalt befugt sein soll, einen Anderen einer Lüge zu zeihen — *alicui dare mentitam* —, befleissigen sich jedoch die Autoren nicht. Sie legen ihren Ausführungen entweder schlechtweg den konkreten, ganz speziellen Fall der l. 25 cit. zu Grunde oder führen allenfalls noch ein oder das andere Beispiel an. Verallgemeinerungen des zu Grunde liegenden Gedankens finden sich wohl auch, aber nur mehr oder minder beiläufig und ohne Sorgfalt hingeworfen. Durantis beispielsweise⁴⁾ führt aus: Wenn eine Prozesspartei ihrem advocatus falsitatem vel aliam turpem notam imponit, secure dicat (scil. advocatus): »tu mentiris«. Ähnlich Jacobus de Bello Visu:⁵⁾ Si aliquis objiciat advocato, quod aliquos falsos testes instruxerit, vel quod est calumniator vel praevaricator Anders Bartolus in seinem Kommentar.⁶⁾ Nota, quod ei, qui dicit te commisisse aliquod crimen, licite potes dicere: »tu mentiris«; licet nam retorquere in alium. Paulus de Castro:⁷⁾ Si dicis mihi verba injuriosa illicite . . . Si aliquis dixit verba injuriosa vel testificatus est contra me falsum Angelus Aretinus:⁸⁾ Wenn der Gegner einem aliquid primo improperebatur = einen zuerst beleidigte. Ähnlich setzt Nicolaus de Tudeschis (»Abbas Siculus Panormitanus«) schlechthin die Zufügung einer Injurie, z. B. den Vorwurf voraus, quod ego commisi aliquod crimen⁹⁾. Alexander Tartagnus ab

³⁾ Bei Menochius, Consilia, lib. 1 cons. 41 n. 10 figurirt als weiterer Beleg Kap. 3 Vers 16—28 aus dem I. Buch der Könige, wo der bekannte Urteilsspruch Salomonis berichtet wird. Menochius führt aus: Dixit meretrix, cujus filius vivebat, alteri meretrici »mentiris«, quod mendacium apparuit judicio Salomonis; nec legitur ex hoc illam aliquam poenam luisse.

⁴⁾ Spec. judic., lib. 1 rubr. De advocato.

⁵⁾ Practica criminalis, lib. 1 cap. 3 n. 17.

⁶⁾ Zu l. 25 § sed et si adversarius D. de procur. 3,3, n. 1.

⁷⁾ Zu l. 25 D. de procur. 3,3, n. 3.

⁸⁾ Tractat. de malefic., rubr. Verba injuriosa, n. 9.

⁹⁾ Dekretalenkommentar, zu cap. cum te (23) X. de sent. et re jud. 2,27 n. 25.

Imola hebt an einer Stelle¹⁰⁾ den Vorwurf eines homicidium hervor, während er an anderem Orte¹¹⁾ die Voraussetzung allgemeiner dahin fasst, si dixero tibi aliquod verbum injuriosum. Jason Maynus geht einmal¹²⁾ von dem Falle aus, wenn jemand einem Anderen ein convicium sagt oder aliquod crimen objiciat, ein ander Mal¹³⁾ allgemeiner davon, dass jemand einem Anderen verba injuriosa gesagt hat. Schlechterdings gestattet Claudius de Seyssello¹⁴⁾ die Äusserung »tu mentiris« gegenüber jedweder Verbalinjurie. Von Menochius¹⁵⁾ wird ein Fall behandelt, in welchem der reus den Vorwurf, er sei ein falsarius et proditor, durch die Äusserung „du lügst“ zurückgewiesen hatte.

Der gemeinsame Grundgedanke aber, der aus allen diesen Aussprüchen hervorsieht, ist der, dass man einen schimpflichen Vorwurf durch die Äusserung zurückweisen könne, der Gegner lüge.¹⁶⁾

Übrigens wurde diese Berechtigung noch an einzelne anderweite Voraussetzungen geknüpft. Namentlich wurde erfordert, dass der erste Thäter wirklich die Unwahrheit gesagt habe, so dass das »tu mentiris« sachlich gerechtfertigt sei.¹⁷⁾ Ganz folgerecht wird dann betont, dass gegen die wahrheitsgemässe Retorsion von dem Erstthäter nicht retorquiert (repliziert, rezitiert) werden könne: »immo tu mentiris«¹⁸⁾.

¹⁰⁾ Zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 3.

¹¹⁾ Zu l. 3 D. de lib. et post. 28,2, n. 6 i. f.

¹²⁾ Zu l. 3 D. de j. et j. 1,1, n. 36.

¹³⁾ Zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 5.

¹⁴⁾ Zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, § Numquid autem injuriam (58).

¹⁵⁾ Consilia, lib. 1 consil 41.

¹⁶⁾ Von einer Kontroverse über die Statthaftigkeit der Äusserung »tu mentiris« bei den Italienern — Seeger, Abhandlungen, Bd. I, S. 409 bei Anm. 1 — kann nicht wohl die Rede sein. Gerade hierüber herrscht seltene Einmütigkeit, dass jene Äusserung — gewisse Momente vorausgesetzt — die Grenze des Erlaubten nicht überschreitet.

¹⁷⁾ Alexander Tartagnus zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 3 (»si certum est te mentiri«); Fellinus Sandeus, Dekretalenkommentar, zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 11 (»dummodo dicens »Mentiris« dicat verum«); Augustinus Ariminensis in seinen Additiones zu Angelus Aretinus, rubr. »Verba injuriosa«, n. 9; Aegidius Bossius, rubr. »De homicidio«, n. 86; Ludovicus Carerius, Tractat. de homicidio, § Circa quartum, n. 13; Fulvius Pacianus, De probationibus, lib. 1, cap. 59 n. 51.

¹⁸⁾ Vgl. Paulus de Castro zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 4, der jedoch in ganz unzulässiger Weise von der retorquutio juris iniqui den Satz, dass Retorkution einer Retorkution unerlaubt sei, auf unseren Retorsionsfall überträgt; — Alex.

Weiter wurde gelehrt, dass der Vorwurf der Lüge, wenn anders er rechtmässig und unsträflich sein solle, in *continenti*, non ex *intervallo* erfolgen müsse.¹⁹⁾ Für die Form der Äusserung verlangten Etliche als notwendiges Requisit die Hinzufügung einer „Protestation“, z. B. »salvo honore tuo« oder »salva reverentia tua« und dgl.²⁰⁾ Bei den Meisten fand diese Ansicht jedoch keinen Beifall. Julius Clarus bekennt sich zu der Mittelmeinung, dass die Protestation wenigstens dazu tauglich sein soll, in Verbindung mit etwaigen anderen *conjecturae* auf ein Fehlen des *animus injuriandi* schliessen zu lassen.²¹⁾ Dagegen hebt z. B. Bartolus²²⁾ hervor, durch die Erklärung, der Andere lüge, thue man gerade dar, dass man eben nicht *voluntatem salvandi illi honorem habe*, und so erscheine der Zusatz »salvo honore tuo« nicht geeignet, den injuriösen Charakter der Äusserung, wenn anders dieselbe sonst einen solchen an sich trage, zu tilgen. Derselbe Gedankengang findet sich bei Paulus de Castro,²³⁾ der ferner bemerkt, dass der Zusatz »cum reverentia loquendo« als ironisch und spöttisch gemeint sich darstelle. Von solchem Standpunkt aus aber erscheint die *protestatio* als wirkungslos, wenn die Äusserung an sich unstatthaft war, und als überflüssig, wenn, wie in unserem Falle, es erlaubt war, den Anderen der Lüge zu bezichtigen.²⁴⁾

Tartagnus zu l. 4 D. eod. n. 4; Fellinus Sandeus zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 11; Jason Maynus zu l. 3 D. de j. et j. 1,1, n. 37, g. E., vgl. auch denselben zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 5; Carerius, l. c., § Circa quartum, n. 12; Pacianus, l. c. lib. 1 cap. 59 n. 51.

¹⁹⁾ Aegidius Bossius, rubr. »De homicidio«, n. 86—87; rubr. De injur., n. 7; Bajardus in den Additiones zu Clarus, § Injuria, n. 65.

²⁰⁾ So schreibt Durantis — lib. 1 rubr. De advocato — vor, dass, wenn man durch die Äusserung »tu mentiris« einem beschimpfenden Vorwurf begegnen wolle, eine Protestation des Inhalts beigefügt werde, quod hoc non dicitur animo injuriandi, sed causa sui juris conservandi; sonst sollen verba temperata mit dem Beisatz »salva pace« u. dgl. gebraucht werden. — S. auch Carerius, l. c., § Circa quartum, n. 14.

²¹⁾ Practica criminalis, § Injuria, n. 13.

²²⁾ Zu l. 21 D. de acquir. her. 29,2, n. 1.

²³⁾ Zu l. siquis extran. (21) D. de acquir. her. 29,2, n. 2.

²⁴⁾ Vgl. Albericus de Rosate (Rosciate), Dictionarium jur., v. »Mentiri«; Angelus Aretinus, Tract. de malef., rubr. »Verba injuriosa«, n. 9; Alex. Tartagnus zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 2—3, und öfter; Fellinus Sandeus zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 11 i. f.; Jason Maynus zu l. 3 D. de just. et jure 1,1, n. 37, ferner die Ausführungen desselben zu l. 4 quod quisque jur. 2,2, n. 2 sqq.; Jacob Menochius, Consilia, lib. 1 cons. 41, n. 31—32; Bajardus in seinen Additiones zu Clarus, § Injuria, n. 65.

Über den Rechtsgrund, weshalb in dem hier interessierenden Falle unter Wahrung der voraufgeführten Voraussetzungen die Äusserung »tu mentiris« als eine erlaubte erscheine, wurden eingehende Untersuchungen nicht gemacht, wie ja überhaupt die Jurisprudenz jener Zeit vorwiegend danach fragt, was gilt, und wenig geneigt ist, den Gründen der Rechtssatzungen nachzuspüren. Wohl herrscht bei den italienischen Schriftstellern darüber kein Zweifel, dass an sich die Bemerkung *alterum mentiri* einen injuriösen Charakter trage, weil sie das Urteil in sich schliesse, dass der so Gescholtene wider besseres Wissen die Unwahrheit gesagt habe.²⁵⁾ Weswegen aber eben diese selbe Äusserung ausnahmsweise erlaubt sei, wenn sie nur die Antwort auf einen beleidigenden Vorwurf sei, — das wurde nur flüchtig berührt. Die meisten Autoren fussten leichtthin auf dem Notwehrbegriff, auf dem Begriff des *se defendere* (*contra injuriam*)²⁶⁾, und hieraus erklärt sich die Aufstellung des Requisites, dass die Brandmarkung einer Lüge als einer solchen in *continenti* erfolgen müsse. Dass der Begriff der Notwehr hier unbrauchbar ist, liegt nun freilich auf der Hand. Der rechtswidrige Angriff auf die Ehre gehört bereits der Vergangenheit an, eine Verteidigung kann gegen ihn gar nicht mehr erfolgen. Es „wehrt sich“ also derjenige, der irgend welcher ehrenrührigen Handlungen bezichtigt worden ist, nicht mehr gegen den

²⁵⁾ Mit dem Unterschiede zwischen »*verum non dicere*« und »*mentiri*« (= »*scienter falsum dicere*«) beschäftigen sich u. A. Aegid. Bossius, rubr. De injuriis, n. 7; Menochius, Cons., lib. 1 consil. 41 n. 4; Giacharius, in den Addit. zu Clarus, § Injuria, n. 67 Abs. 2. — S. ferner Alber. de Rosate, Diction. jur., v. »*Mentiri*«; Bartolus zu l. 15 § 2 D. de injur. 47,10, n. 3; Alex. Tartagnus zu l. 3 D. de lib. et post. 28,2, n. 5; Jason Maynus zu l. 3 D. de j. et j. 1,1, n. 37.

²⁶⁾ Vgl. Fellinus Sandeus, l. c. (Anm. 24), n. 11; Jason Maynus, l. c. (Anm. 25) n. 36; Claudius de Seyssello zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, § 58, der den Verwurf der Lüge zur *propulsatio* (im Gegensatz zur *vindicta*) zieht. Besonders deutlich findet die Auffassung des »*tu mentiris*« als Verteidigungshandlung sich bei Aegidius Bossius ausgeprägt. Er sagt rubr. De homicidio, n. 86—87, der *verbo injurioso affectus* dürfe um deswillen *ex intervallo* nicht mehr »*tu mentiris*« sagen, *quia hoc conceditur ratione defensionis, quae ex intervallo non est licita*, und spricht daher seine Besorgnis wegen eines damals jüngst vorgekommenen Falles aus, in welchem ein *magnus vir affectus verbo injurioso ex intervallo super charta affixa locis publicis scripsit, quod adversarius mentiebatur*. S. ferner Bossius, rubr. De injuriis, n. 7 (*incontinenti tantum licet injuriam repellere*); Menochius, Cons., lib. 1 cons. 41, n. 9 Abs. 2 (*ad proprii honoris defensionem et ad repulsionem illatae injuriae*). Pacianus l. c. lib. 1 cap. 59, n. 51; Bajardus, l. c., n. 65.

Beleidiger oder die Beleidigungshandlung, sondern gegen die von ihm befürchteten Folgen der letzteren: er wird im Interesse der Reinerhaltung seines guten Namens und seiner Ehre aggressiv thätig. Letzteres ist nun auch wohl der Gesichtspunkt, der den Italienern vorgeschwebt haben mag, und den sie nur unrichtig mit dem Notwehrbegriff in Verbindung gebracht haben. Sie meinen: einen ungerechtfertigten Vorwurf braucht niemand auf sich sitzen zu lassen, darf vielmehr jedermann als aus der Luft gegriffen bezeichnen.²⁷⁾ Wir würden in dieser Hinsicht heute von „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ sprechen; damals formulierte man diesen Gedanken im Anschluss an die römischen Quellen dahin: »*juris executio non habet injuriam*«. Unter diesen Gesichtspunkt zog man beispielsweise gewöhnlich die Berechtigung eines im Prozess Befangenen, Zeugen als »*infames, criminosi, ribaldi*« oder ähnlich zu bezeichnen; und wenn man, wie es häufig geschehen, neben letzteren Fall den unsrigen als parallel stellte,²⁸⁾ so gab man damit augenscheinlich der Auffassung Ausdruck, dass auch Derjenige in Wahrung berechtigter Interessen handle, der unwahren Vorwürfen sein »*tu mentiris*« entgegensetze. Freilich wurde dieser Gesichtspunkt nicht selbständig neben den der Notwehr gestellt. Aber in die Erörterungen darüber, dass man gegen eine beleidigende Behauptung sich durch die Äusserung »*tu mentiris*« verteidigen dürfe, fliessen nicht selten Wendungen ein, welche vielmehr den Gedanken der Interessenwahrung zum Ausdruck bringen. Beide Momente gehen vereint in dem gemeinsamen Begriff der *tuitio honoris* auf.²⁹⁾

Daneben wird noch als weiterer Grund, dessentwegen der wahrheitsgemässe Vorwurf einer Lüge in Erwiderung einer Beleidigung als

²⁷⁾ Es darf z. B. Derjenige, der Lügner gescholten worden, »*negare, quod esset mendax*« (Bossius, rubr. De injur., n. 7); oder man darf, wie Alex. Tartagnus sich ausdrückt (n. 6 i. f. zu l. 3 D. de liber. et postum. 28,2), »*suam injuriam prosequi*«.

²⁸⁾ Alex. Tartagnus zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 2; Fellinus zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 11 (der freilich diesen Fall damit motiviert, »*quia facio defendendo*«); Jason Maynus, n. 2 zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2; Pacianus, l. c., lib. 1 cap. 59, n. 51.

²⁹⁾ Durantis, l. c., lib. 1 rubr. »De advocato«: »*causa sui juris conservandi*«; Angelus Aretinus, l. c., rubr. »Verba injuriosa«, nach welchem »*gratia sui juris vel honoris conservandi . . . de jure licitum est dicere tu mentiris*«; Nicolaus de Tudeschis zu cap. cum te (23) X. de sent. et re jud. 2,27, n. 25, wo einesteils von einem »*se purgare ab injuria*«, anderenteils von einem »*innocentiam suam defendere*« die Rede ist. S. auch Jason Maynus zu l. 3 D. et j. et j. 1,1, n. 36.

berechtigt erscheine, der aufgeführt, dass der erste Thäter, weil er den Streit vom Zaune gebrochen, die Folgen, also auch die ihm durch den Vorwurf der Lüge widerfahrene Kränkung sich selbst zuzuschreiben habe.³⁰⁾ Das die Rechtswidrigkeit ausschliessende Moment ist also die Provokation; als Quellenbeleg wird häufig der Passus aus l. 14 § 6 D. de bon. lib. 38,2:

»ignoscendum est illi, qui provocatus se voluit ulcisci«
herangezogen.

II. Auf die Erörterung dieses einen speziellen Falles einer Gegenbeleidigung beschränken sich jedoch die italienischen Juristen nicht; sie haben sich vielmehr, teils im Anschluss an diesen Sonderfall, teils ohne Zusammenhang mit diesem, auch das Problem gestellt, ob es denn im Allgemeinen gestattet sei, einem Injurianten mit einer Injurie zu antworten, z. B. auf die einem entgegengeschleuderte Bezeichnung als latro zu entgegnen, der Andere vielmehr sei selbst ein Räuber. Die Gesichtspunkte, unter denen diese Frage abgehandelt wird, sind vor Allem wiederum der der Notwehr, sowie der (neben diesem allerdings nur eine untergeordnete Rolle spielende) Gesichtspunkt der Provokation; mit letzterem verbindet sich der nicht für die Rechtswidrigkeits-, wohl aber für die Schuldfrage bedeutsame Gesichtspunkt des hohen Affekts, in dem der Retorquent sich befunden.

Trotz Festhaltens an dem Prinzipie, dass *vindicta* unerlaubt ist, kommen nämlich unsere Autoren durch Aufstellung des Zwitterbegriffs »*se vindicare per defensionem*« dazu, Gegenbeleidigung in gewissem Masse für statthaft zu erklären. Das *se defendere* umfasst überhaupt bei den italienischen Schriftstellern Zweierlei, indem es bald die wahre Verteidigung im Gegensatz zur *vindicta* oder *ultio*, bald in

³⁰⁾ So Jacobus de Bello Visu, *Practica criminalis*, lib. 1 cap. 3 n. 18. Derselbe bezieht sich auf das altfranzösische Sprichwort »*Qui mal diet, mal veult ouyr*«, welches ungefähr unserem „Wie man in den Wald schreit, so schallt es heraus“ gleichkommt. Vgl. auch Paulus de Castro zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 4: »quia me provocavit«. Alex. Tartagnus zu derselben lex, n. 3. Fellinus zu cap. 8 X. 2,25, n. 11. Nach Julius Clarus — *Practica criminalis*, § Injuria, n. 14 — soll dagegen der Umstand, dass der Thäter durch Provokation zu der Äusserung „Du lügst“ veranlasst worden war, nur mildere Bestrafung zur Folge haben; doch berichtet Clarus selbst, dass der Senat von Alessandria am 9. Januar 1557 einen Angeklagten, Namens Nicolaus Fodrius, mit Rücksicht auf den Umstand freigesprochen habe, dass der Beleidigte ihn durch die Äusserung „er habe sich nicht wie es einem Edelmann zukomme (da gentilhuomo) benommen“, provoziert hatte.

verschwommener Weise jede Gegenreaktion gegen einen Angriff, also auch eine die Grenzen der Verteidigung überschreitende Thätigkeit bezeichnet.³¹⁾ Diese zwei Bedeutungen trennen nun die Italiener nicht immer scharf; vielmehr werfen sie oft ganz unbefangen Beides zusammen, reden z. B. von dem *se defendere* in seiner weiteren Bedeutung, also der „Rache durch *defensio*“ und verlangen dennoch Einhaltung der Notwehrschranken, also *moderamen in tutela*, Vornahme des Akts in *continenti*, u. s. w. So namentlich in unserem Falle.

Solch irrige Anschauung schleicht sich freilich nur sehr allmählich ein. Durantis weist z. B. noch den Einwand, dass Gegenbeleidigung doch erlaubt sein müsse, weil die Rechtsordnung gestatte, *sicut vim vi repellere, sic injuria injuriam retorquere et eam propulsare*, durch die völlig zutreffende Bemerkung zurück, dass ja nach geschehener Injurie diese durch injuriöses Verhalten des Beleidigten seinerseits weder abgewehrt noch aufgehoben werde; »*nec injuria*,« sagt er, »*prosequendo injuriam propulsatur seu tolliter, sed potius accumulatur.*«³²⁾ Ihm folgen, ohne sich indess mit selbständiger Prüfung der Frage zu befassen, Antonius a Butrio³³⁾ und Bertachinus.³⁴⁾ Ganz richtig sagt auch Fellinus Sandeus, dass von einem *defendere* nicht mehr die Rede sein kann, wenn auf eine Injurie eine andere gesagt wird.³⁵⁾ Gleichermassen spricht sich Claudius a Seyssello aus.³⁶⁾ Aber bereits mit Jacobus de Bello Visu³⁷⁾ hebt die irrtümliche Auffassung an, dass Gegenbeleidigung auch dem Notwehrzwecke dienen könne. Derselbe entscheidet unter Berufung auf l. 25 D. de procur. 3,3 und l. 14 § 6 D. de bon. lib. 38,2 in dem Falle, dass *duo dixerunt adinvicem injurias*, dahin, dass der zweite Injuriant, wenn seine Handlung sich nur als Propulsation der ihm widerfahrenen Injurie darstelle, keine Klage zu befahren habe. Ebenso führt Nicolaus de Tudeschis³⁸⁾ aus, dass ein Erwidern der Injurie im Rahmen der Notwehr gestattet sei:

³¹⁾ vgl. Seeger, Abhandlungen, Bd. I, S. 366—369, insbesondere Anm. 1 auf S. 366—367, ferner S. 409.

³²⁾ l. c., lib. 1 part. 2 rubr. De accusatore, n. 11.

³³⁾ Dekretalenkommentar, zu cap. 9 X. de injur. et damno dato 5,36, n. 1.

³⁴⁾ Repertorium, p. II, v. »Injuriam« (in der Ausgabe Venetiis 1494 fol. 101 v.).

³⁵⁾ Zu cap. 8 X. 2,25, n. 10.

³⁶⁾ Zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, § 58.

³⁷⁾ l. c., lib. 1 cap. 3 n. 22.

³⁸⁾ Zu cap. cum. te (23) X. de sent. et re jud. 2,27, n. 25.

»Ego vero distinguo sic: quod aut ego dixi tibi injuriam potius animo purgandi me ab injuria, quam mihi inferebas, et non teneor. *Exemplum*, si diceres, quod ego commisi aliquod crimen: dico, quod tu mentiris; nam licet mihi meam innocentiam defendere. Ant . .« etc.

Bemerkenswert ist hier, dass der oben unter I behandelte Fall von dem Autor nur als Beispiel verwertet, die Regel dagegen mit allgemeiner Giltigkeit ausgesprochen wird. Weiterer Anhänger dieser Theorie ist Augustinus Ariminensis.³⁹⁾ Auch Jason Maynus huldigt derselben;⁴⁰⁾ eigentümlicher Weise legt er den Ausführungen von Durantis Undeutlichkeit zur Last und entnimmt aus denselben missverständlich gerade die entgegengesetzte Auffassung, als ob Durantis doch im Grunde genommen meine, man dürfe dem Gegner quasi repellendo aliam injuriam sagen. Gleicher Ansicht scheint Hippolytus de Marsiliis zu sein.⁴¹⁾ In diesen Spuren wandelt auch Ludovicus Carerius weiter,⁴²⁾ welcher den Spekulator ebenso missversteht, wie Jason, übrigens Letzteren auch als seinen Gewährsmann nennt und die Regel giebt:

»si quis vocat me latronem, possum verbis propulsare et dicere aliam injuriam;«

ferner Celsus Bargalius.⁴³⁾ Fulvius Pacianus erörtert unsere Frage in längerer Ausführung,⁴⁴⁾ welche in dem für die Verschmelzung des Rache- und des Notwehrbegriffes geradezu klassischen Satze gipfelt:

» . . . Licitum esse debet injuriam verbalem alia injuria verbali vindicare incontinenti ad propriam defensionem.«

Endlich gehört unter die Vertreter dieser Ansicht noch Bajardus.⁴⁵⁾

³⁹⁾ In den Additiones zu Angelus, rubr. Verba injuriosa, n. 10.

⁴⁰⁾ Zu l. 3 D. de j. et j. 1,1, n. 36.

⁴¹⁾ Practia criminalis, § Quoniam, n. 62—63. In seinem Consilia, cons. 21 n. 35—36, spricht derselbe sich wie folgt aus: Ergo si dicti de Vainis offendebant dictos de Saxadello cum dictis verbis, debebant similiter se defendere vel eos offendere cum similibus vel pejoribus verbis, nach der Rechtsparoemie »Pro verbis verba reporta« cet. Auf den diesem Consilium zu Grunde liegenden Rechtsfall ist unten noch des Näheren zurückzukommen (§ 8).

⁴²⁾ l. c., § Circa quartum, n. 1—10.

⁴³⁾ Tractatus de dolo, lib. 6 reg. 15, n. 53.

⁴⁴⁾ l. c., lib. 1 cap. 59, n. 46 sqq., insbes. n. 48.

⁴⁵⁾ Additiones zu Clarus, n. 14. 64 l. c.

Sie muss wohl als die schliesslich herrschende angesehen werden, wiewohl sie auch unter den Späteren noch Gegner hatte.⁴⁶⁾

Einen anderen Verlauf nahm in der italienischen Rechtswissenschaft die Stellungnahme zu den beiden anderen in Betracht kommenden Momenten, dem der Provokation und dem des Affekts; unter diesen Gesichtspunkten leugneten die Älteren die Rechtswidrigkeit bzw. Schuldhaftigkeit der Injurienretorsion, während später die Meinung durchdrang, dass das Vorliegen dieser Momente den Deliktscharakter der Retorsion nicht tilge. Die Abhandlung dieser Fragen erscheint vielfach mit der Erörterung über die Notwehrfrage verschmolzen; namentlich oft aber werden Provokation und Affekt selbst zusammengeworfen, während beide in Wahrheit die Sachlage in ganz verschiedener Beleuchtung erscheinen lassen: entweder nämlich ist die Provokation als solche in Frage, und dann kommt zur Verwertung der Gedanke, dass der Provokant die Folgen seines Thuns sich selbst zuschreiben müsse und hierdurch das Verhalten des Provokaten gerechtfertigt erscheine;⁴⁷⁾ oder aber der Nachdruck liegt auf der durch die Provokation in dem Injurierten hervorgerufenen Gemütsstimmung, auf der zur Unzurechnungsfähigkeit führenden Steigerung des Affekts, und dann handelt es sich nur um einen Schuld ausschliessungsgrund.

Mit diesen Fragen beschäftigt sich bereits Durantis. Er referiert zwar nur fremde Ansichten, allein anscheinend will er dieselben seinerseits gutheissen.

»Dicunt tamen quidem,« sagt er, »quod si te provocavi dicto vel facto ad iram, et si dicto vel facto mihi injuriaris,

⁴⁶⁾ Zu Letzteren gehört namentlich Aegidius Bossius, der rubr. De homicidio, n. 86 scharf und klar ausspricht: Non licet tamen ob sola verba injuriosa alio verbo injurioso et minus facto injuriantem afficere, nisi respondendo secundum veritatem »Mentiris«, quia aliter esset vindicta; in gleichem Sinne heisst es bei ihm im Titel De injuriis, n. 7 i. f., quod possit responderi »Tu mentiris«, et non per aliud condicium. — Dagegen äussert Julius Clarus, den Seeger, Abhandlungen, Bd. I, S. 409, ebenfalls hierher stellt, an der von Seeger in Bezug genommenen Stelle — § Homicidium, n. 26 — sich über unsere Frage nicht, wenigstens nicht direkt. Von Farinacius, den Seeger ferner anführt, war mir der betreffende Tomus nicht zur Hand.

⁴⁷⁾ Ein Odium also gegen den Urheber des Zwists — »jura enim multum persequuntur autorem rixae« sagt Augustinus Ariminensis (Addit. zu Angelus rubr. »Et dictus Titius se defendendo«, n. 12).

non debes ex hoc mihi condemnari Quod enim calore iracundiae fit, non imputatur.«⁴⁸⁾

Durantis legt hiernach das Gewicht auf den Affekt; die Provokation ist nur Durchgangspunkt, die Schuld erscheint ausgeschlossen wegen der ira, des calor iracundiae, und der hierdurch bedingten Zurechnungsunfähigkeit.

An Durantis schliesst sich unter Nennung desselben als Gewährsmannes Angelus Aretinus an.⁴⁹⁾ Er meint:

»Si aliquo dicto vel facto tuo injurioso . . . fui provocatus ad iram et propter iram jam mihi a te commotam et durante dicta ira aliquid injuriosum dixero tibi, non teneor injuriarum.«

Beleg hierfür sei l. 14 § 6 D. de bon. lib., wo ausgesprochen werde, quod provocatus licite potest se ulcisci. Mit letzterem Zusatz verrückt Angelus freilich seinen Standpunkt erheblich: ist es dem Provozierten geradezu erlaubt, sich zu rächen, so bedarf es der ira nicht mehr, um sein Handeln als nicht deliktisch erscheinen zu lassen.

Auf beide Vorgenannten verweist Alexander Tartagnus ab Imola⁵⁰⁾ in Betreff der Frage, an et quando, si tu dicis mihi injuriam, possim impune tibi injuriam dicere, — ohne selbst auf dieselbe näher einzugehen.

Der Ansicht, dass der calor den Injurianten entschuldige und vor Strafe schütze, erwachsen aber zahlreiche Gegner. Schon Jacobus de Bello Visu sprach sich im gegenteiligen Sinne aus.⁵¹⁾ Auch Cinus⁵²⁾ tritt sehr energisch der Ansicht entgegen, dass der calor iracundiae vor Strafe bewahre:

»Reputandum est absurdum«, sagt er, »si id, quod iracundiae calore malefit, remaneat impunitum«.

Ihnen gesellt sich in ausführlicher Darstellung Nicolaus de Tudeschis bei,⁵³⁾ indem er sich dafür entscheidet, dass die ira und die Provokation nicht im Stande seien, die Handlung als rechtmässig oder

⁴⁸⁾ l. c., lib. 1 part. 2, rubr. »De accusatore«, n. 11 i. f.

⁴⁹⁾ l. c., rubr. »Verba injuriosa«, n. 10.

⁵⁰⁾ Zu l. 4 D. quod quisque jur. 2,2, n. 5.

⁵¹⁾ l. c. lib. 1 cap. 3 n. 10. — Als Vertreter der französischen Rechtswissenschaft vergleiche man Petrus de Bellapertica, Lectura super Codice, zu l. 5 C. de injur. 9,35.

⁵²⁾ Zu l. si non convicii C. de injur. 9,35, n. 3.

⁵³⁾ Zu cap. 8 X. de exc. 2,25, n. 17—18; cap. si rixati (1) X. de injur. et d. d. 5,36, n. 2.

auch nur als entschuldigt erscheinen zu lassen; nur zur Strafmilderung soll die Gemütsregung des Thäters und der Umstand, dass ihn der Gegner provoziert hat, führen.⁵⁴⁾ Fellinus Sandeus folgt ihm mit dem Satze:

»Provocatus delinquens non excusatur regulariter«⁵⁵⁾.

Derselben Ansicht ist wohl auch Hippolytus de Marsiliis,⁵⁶⁾ der freilich auch die entgegengesetzte Auffassung referiert und sich bezüglich seiner eigenen Meinung nicht mit wünschenswerter Deutlichkeit auslässt. Wohlthuend durch Klarheit sticht dagegen ab die Darstellung von Philippus Decius.⁵⁷⁾

»In delictis . . .« lehrt er, »quis calore iracundiae non excusatur« und weiterhin: »(in maleficiis) non excusatur delinquens propter calorem iracundiae, quominus puniatur; alias raro propter homicidium esset quis puniendus, quia plerumque cum iracundia committitur«.

Aegidius Bossius⁵⁸⁾ lässt sich auf eine Erörterung der Frage, ob nicht Provokation ganz entschuldige, gar nicht erst ein, sondern spricht schlechtweg die Regel aus, dass der Thäter, der zu seiner Handlung gereizt worden, mit milderer als der poena ordinaria belegt werde. Gründlich räumt Julius Clarus mit der gegenteiligen Meinung auf.⁵⁹⁾ Rücksichtlich des Provokationsmoments giebt er den allgemeinen Grundsatz:

»Regulariter in delictis provocatio non excusat;«

und über den calor iracundiae lässt er sich dahin aus: Nach Einiger Ansicht, — welche sich als die herrschende aufspiele, — solle der Injuriant, der im calor iracundiae gehandelt, nicht bestraft werden; allein das sei weder herrschende Meinung, noch sei es richtig; vor Strafe vermöge solcher Affekt den Injurianten nicht zu schützen. Clarus fügt die wertvolle Notiz hinzu, dass die Praxis, soweit er sie beobachtet, sich mit seiner Auffassung im Einklang befinde.

⁵⁴⁾ Darüber s. unten § 10.

⁵⁵⁾ Zu cap. 8 X. de exc. 2,25, n. 10.

⁵⁶⁾ Practica crimin., § Quoniam, n. 62 sqq.; Consilia, cons. 28, n. 21 sqq.

⁵⁷⁾ De regulis juris, reg. Quicquid calore iracundiae, n. 7 (in der Ausgabe Lugduni 1534 fol. 86).

⁵⁸⁾ l. c., rubr. De injuriis, n. 6.

⁵⁹⁾ l. c., § Injuria, n. 14. 16.

Auf die ältere, entgegengesetzte Ansicht griffen von Späteren Celsus Bargalius⁶⁰⁾ und Fulvius Pacianus⁶¹⁾ zurück. Da der Provokant selbst, so führen sie aus, *praestiterit occasionem inferendi injuriam, ipsemet sibi videtur intulisse, non a me recepisse*; überdies aber *lubricum linguae maxima iracundia commotae non est facile ad poenam trahendum*; Provokation also einesteils, der Affekt anderenteils schützen den Retorquenten. Beide Autoren haben wahrgenommen, dass l. 5 C. de injur. 9,35 und andere Quellenstellen ihrer Theorie entgegenstehen, welche ergeben, dass den Römern der *calor iracundiae* nicht als Schuld- oder Strafausschliessungsgrund galt; sie suchen dieselben jedoch durch die Argumentation unschädlich zu machen, dass in den von den Quellen behandelten Fällen die *provocatio aliunde causata sei, quam ex injuria praecedenti mihi illata ab eo, quem ego postea injuriis affeci*.

Schwer ins Gewicht fallen übrigens die Stimmen von Celsus Bargalius und Fulvius Pacianus nicht. Denn Beide verknüpfen ihre Betrachtungen über Provokation und Gemütsregung so eng mit denjenigen über die Notwehr, dass sie fast nur als Illustration und Unterstützung der Sätze über letztere erscheinen; ja, Pacianus spricht l. c. n. 51 mit dürren Worten aus, dass den *provocatus* nur dann keine Strafe treffe, wenn er *animo se defendendi retorquiert* habe. Damit kommt er auf die Meinung von Fellinus zurück, den er auch ausdrücklich nennt, und giebt im Grunde genommen Provokation und Affekt als selbständige Rechtswidrigkeits- bzw. Schuldausschliessungsgründe preis, und man wird nicht fehlgreifen, wenn man den inhaltlich verwandten Ausführungen von Celsus Bargalius denselben Sinn unterlegt. Durch Keinen von Beiden wird somit der herrschenden Meinung erheblich Abbruch gethan.

§ 8.

b) Thätlichkeiten als Retorsion einer Injurie.

Auch des Falles, dass ein Injuriant für die Injurie von dem Gegner eine körperliche Verletzung davongetragen, wird bisweilen seitens der italienischen Juristen Erwähnung gethan. Allerdings sind die Erörterungen hierüber nur einseitige, insofern lediglich geprüft wird,

⁶⁰⁾ l. c., lib. 6 reg. 15 n. 53 sqq.

⁶¹⁾ l. c., lib. 1 cap. 59 n. 48 sqq.

ob und eventuell inwieweit Notwehr angenommen werden könne. Immerhin fallen dabei wenigstens mittelbar einige für uns verwertbare Bemerkungen ab.

Nicht hierher gehören zwar die häufig vorkommenden Ausführungen darüber, ob man gegen eine bloße Drohung zur tätlichen Vergewaltigung des Drohenden schreiten dürfe.¹⁾ Denn in solchen Fällen steht die Reaktion gegen die *minae* nicht im Dienste des Erwidерungsgedankens, richtet ihre Spitze vielmehr gegen die inskünftig zu gewärtigende Verwirklichung der Drohung; ebenso fallen nur in den Bereich der Notwehrlehre die Untersuchungen darüber, ob die Verteidigung dem Angriffe gleichartig sein müsse, ob gegen einen verbalen Angriff die Verteidigung durch Thätlichkeiten, insbesondere *cum armis*, geführt werden könne,²⁾ u. s. w.; auch hierbei handelt es sich nur um thätliche Abwehr eines wörtlichen Angriffs auf die Ehre.

Dagegen haben wir hier einer Stelle aus Augustinus Ariminensis Erwähnung zu thun. Derselbe erstreckt³⁾ bei Besprechung des Falles, dass ich auf eine gegen mich ausgesprochene injuriöse Drohung hin

»propter ista verba injuriosa illata contra me vel propter alia verba injuriosa hoc modo protractus sum in rixam et ego vulneravi te —«,

seine Untersuchung nur auf die Höhe der Strafe. Damit setzt er als selbstverständlich voraus, dass solches Verhalten deliktisch ist. Also Retorsion einer Injurie durch Thätlichkeiten unstatthaft.

Ausgiebiger ist die Erörterung eines Rechtsfalles, die wir bei Hippolytus de Marsiliis⁴⁾ finden. Dieser Schriftsteller berichtet: Zwischen dem Geschlecht derer de Saxadello und denen de Vainis war, nachdem längere Zeit zwischen beiden Häusern Kapitalfeindschaft bestanden, Frieden geschlossen und über den Friedensschluss ein *publicum instrumentum* aufgenommen worden. Einige Zeit darauf führen Etliche derer von Vainis einen Handstreich in der Stadt Imola aus, der jedoch nicht gegen die von Saxadello gerichtet ist. Bei ihrem Zuge durch die Stadt stimmen sie wiederholt in den Ruf »carne, carne«

¹⁾ Vgl. z. B. Angelus, rubr. »Et dictus Titius se defendendo«, n. 27; Hippol. de Marsiliis, Practica, § Diligenter, n. 87. — Seeger, a. a. O., S. 396.

²⁾ So z. B. Augustinus Ariminensis zu Angelus, rub. »Verba injuriosa«, n. 10.

³⁾ l. c., rubr. »Et dictus Titius« n. 28.

⁴⁾ In dessen Consilia, cons. 21.

ein. Dies führt zu Reibereien mit denen de Saxadello. Ein Edelmann Guido, der zum Geschlechte von deren Gegnerschaft gehört, will gerade mit seiner Gefolgschaft ad domum suam gehen, quae est contigua domui illorum de Saxadellis: Et dum irent ad dictam domum, dicti de Saxadellis inceperunt exonerare artigliarias versus dictum Guidonem et socios et contra eos admenare cum diversis generibus armorum, ex quibus admenationibus hincinde inter dictas partes intervenientibus unus de sequacibus dictorum de Saxadello fuit mortuus per sequaces dictorum de Vainis, qui mortuus tamen non erat de domo vel consanguinitate illorum de Saxadello

In der rechtlichen Würdigung dieses Falles betont Hippolytus, dass die von Saxadello gar keinen Anlass hatten, durch die von den Gegnern ausgestossenen Rufe »carne, carne« sich irgendwie persönlich beleidigt zu fühlen, und fährt dann fort: aber selbst gesetzt, es hätte wirklich eine Beleidigung der Saxadeller durch die de Vainis vorgelegen, hätten diese doch nicht, wie geschehen, von ihren Waffen Gebrauch machen und ihre Schiessgewehre entladen dürfen:

»non erat licitum eis, dicta verba repellere cum armis et artigliariis. Nam licet habeamus in jure, quod vim vi repellere licet: istud est verum cum moderamine inculpatae tutelae. Et ideo, si percutio⁵⁾ te manu vel pugno, non tibi licet me percutere ense vel gladio Ergo si dicti de Vainis offendebant dictos de Saxadello cum dictis verbis, debebant similiter se defendere vel eos offendere cum similibus vel pejoribus verbis juxta illud scriptum in porta: »Pro verbis verba reporta«, juxta illud »Par pari referto« Et non debebant currere ad arma et exonerare artiglierias, ut fecerunt, et hoc maxime, cum dicti de Vainis non procederent ad aliquem actum realem et extrinsecum offendendi dictos de Saxadello«⁶⁾.

Diese Argumentation des Autors ist nun allerdings nicht frei von der bedenklichen Auffassung, dass eine Verteidigung auch noch nach

⁵⁾ »Percutere« heisst in den kanonischen Rechtsquellen sowohl, wie in der italienischen Rechtssprache dieser Periode konstant „schlagen“, nicht etwa „durchbohren“. — Vgl. Bertachinus, Repertorium, v. »Percutere«, p. III (fol. 35 in der Ausgabe Venetiis 1494): »Percutere est cutem tangere, sed etiam sine scissura carnis, dummodo cutis tangatur«.

⁶⁾ l. c., n. 33—36.

vollendetem Angriffe statthaben könne. Indess ist dies für unsere Frage belanglos; indem Hippolytus in der Besprechung des Falles, dass jemand auf eine ihm widerfahrene Verbalinjurie hin thätlich geworden, den Notwehreinwand verwirft, giebt er zu erkennen, dass er solches Verhalten schlechthin für strafbar erachtet.⁷⁾

Nicht unwichtig sind ferner einige kurze Bemerkungen bei Aegidius Bossius. Derselbe lehrt,⁸⁾ dass Notwehr auch durch körperlichen Angriff und nötigenfalls Tötung des Gegners statthaft ist, si imminabat periculum alterius injuriae personalis; nur dürfe einer levis injuria personalis gegenüber der Beleidigte nicht bis zur Tötung des Gegners verschreiten, quia non esset defensio moderata. Im Gegensatz hierzu soll⁹⁾ Rache gegen Verbalinjurien nicht einmal durch Worte, geschweige denn durch Thätlichkeiten statthaft sein; erlaubt soll nur die wahrheitsgemässe Entgegnung »Mentiris« sein, weil sie nicht als Racheakt erscheine. In einem hierauf folgenden kulturgeschichtlich sehr interessanten Passus zieht dann Bossius gegen das bei den Landsknechten herrschende Unwesen zu Felde, welche sich für berechtigt hielten, auf jede Injurie, ja sogar auf das, wenn wahrheitsgemäss ausgesprochen, gar nicht einmal injuriöse Wörtchen »Mentiris« hin den Gegner mit Faustschlägen und Verwundungen zu traktieren:

»Et ex his taceant homines militares, qui arbitrantur se posse referre quamlibet injuriam eis illatam non solum facto, sed etiam hoc solo verbo »Mentiris«,¹⁰⁾ colaphum vel vulnus inferendo«.

Carerius¹¹⁾ macht einen scharfen Unterschied zwischen Notwehr und Rache in dem Sinne, dass rechtlich statthaft nur die erstere sei. Selbst die Notwehrhandlung soll aber¹²⁾ gegenüber einer empfangenen Verbalbeleidigung nicht in Thätlichkeiten bestehen dürfen; solche sollen vielmehr die Grenze des moderamen unbedingt überschreiten. Um so mehr wird man als seine Ansicht annehmen müssen, dass die

⁷⁾ Diese Ausführung Hippolyts bringt auch Klarheit in die an sich im Unklaren lassenden Erörterungen desselben Autors in consil. 25, n. 25—26. Dort referiert er ohne Äusserung seiner eigenen Meinung die gegenteilige Ansicht.

⁸⁾ Practica, Titel »De homicidio«, n. 83.

⁹⁾ l. c., n. 86.

¹⁰⁾ »Facto« und „verbo »Mentiris«“ ablativus instrumenti, zu »illatam« gehörig.

¹¹⁾ Tract. de homicidio, § Circo quartum, n. 6. 41.

¹²⁾ l. c., n. 11.

der Retorsion dienende Thätlichkeit verboten sei. Damit kommt überein, dass er auch dem Provokationsmomente nicht die Wirkung beilegt, als befreie dasselbe auch nur von Strafe, sondern lediglich mit Rücksicht auf den durch die Reizung hervorgerufenen calor iracundiae eine mildere, nicht die ordentliche Strafe eintreten lassen will.¹³⁾

Abweichend von den Übrigen meint zwar Bajardus,¹⁴⁾ es könne der provocatus verbis injuriosis dem Gegner dare mentitam vel alias objicere injurias vel dare alapam. Allein diese Ansicht bleibt vereinzelt. Die überwiegende Meinung der italienischen Juristen bekennt sich vielmehr dazu, dass auf eine wörtliche Beleidigung hin nicht einmal thätliche Verteidigung,¹⁵⁾ geschweige denn Erwiderung durch Thätlichkeiten statthaft sei.

§ 9.

2. Die Retorsion von Körperverletzungen.

Mit der Erwiderung einer Thätlichkeit durch eine Beleidigung hat, soweit sich überschauen lässt, die italienische Rechtswissenschaft sich gar nicht befasst.

Wohl aber gelangt das *repercutere*, das Wiederschlagen auf einen empfangenen Schlag hin, des Öfteren zur Besprechung. Der allgemeine Grundsatz, dass Rache unerlaubt,¹⁾ verbietet ein solches Verhalten. In Konsequenz dieses Prinzips muss man zu dem Satze gelangen, dass *repercutere animo ulciscendi* (*ad vindictam*) unerlaubt, erlaubt nur zum Zwecke der *defensio* ist.²⁾ Indess sahen wir oben, dass das Festhalten an dem allgemeinen Grundsatz die Italiener nicht hinderte, dennoch Gegenbeleidigung in gewissem Umfange noch als *defensio* gelten zu lassen und demgemäss für erlaubt zu erklären. Nicht ohne Weiteres wäre daher der Schluss zulässig, dass die Beantwortung einer Körper-

¹³⁾ l. c., n. 11, § Septimo excusat, n. 1.

¹⁴⁾ Zu Clarus, § Iujuria, n. 65.

¹⁵⁾ Vgl. Seeger, a. a. S., 398.

¹⁾ S. oben § 7 Anm. 1. Vgl. auch Placentinus, Summe zum Codex, zu tit. C. unde vi, 8,4; Cinus zu l. recte C. unde vi 8,4, n. 3 sqq. und sonst.

²⁾ Vgl. Bartholomaeus de Saliceto zu l. recte (1) C. unde vi 8,4, n. 9. — In köstlicher Anschaulichkeit giebt, wie hier zur Vergleichung erwähnt sei, Petrus de Bellapertica (Südfrankreich) diesem Gedanken dahin Ausdruck: »Das mihi unam alapam; non debeo tibi dare aliam ad vindictam, sed ad tuitionem« (Lectura ad Cod., zu l. 1 C. unde vi 8,4).

verletzung durch eine solche den Italienern insoweit als unstatthaft gegolten, als sie nicht zur Abwendung eines gegenwärtigen Angriffs gedient. Es bedarf vielmehr eines näheren Eingehens auf die Weise, wie die italienischen Juristen hier die defensio gegen die Rache abgrenzen.

Sprachlich sei hier zunächst angemerkt, dass dem Ausdruck »repercutere« keine entscheidende Bedeutung in der Sache zukommt. Derselbe schaut mit seinem re — korrekt genommen zwar nur in die Vergangenheit; allein dieselbe Handlung, die sich als ein Wiederschlagen darstellt, kann, von einem anderen Standpunkte aus gesehen, gleichzeitig Abwehr eines in der Verwirklichung begriffenen neuen Angriffs sein. So verwenden denn unsere Autoren das Wort sehr häufig für Fälle echter Notwehr.

In der Sache selbst könnte zuvörderst in Frage kommen, ob die Verfolgung und Vergewaltigung eines weichenden Angreifers noch Notwehr oder schon Vergeltung sei. Für das Erstere entschied sich beispielsweise Albericus de Rosate,³⁾ welcher meinte, dass die alsbaldige Verfolgung und sogar Tödtung desjenigen, qui me vulneravit, nur ein vim vi repellere, also eine defensio, sei.⁴⁾ Allein die überwiegende Meinung ging dahin, dass derartiges Verhalten einen Notwehrexzess darstelle und sich deswegen nicht mehr rechtfertigen lasse.⁵⁾

Die Frage wird aber auch bisweilen allgemeiner dahin gefasst, wie das repercutere überhaupt strafrechtlich zu qualifizieren sei.⁶⁾ So führt

³⁾ Kommentar, zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, n. 7 i. f.

⁴⁾ Vgl. Seeger, a. a. O., S. 368, dessen Zitate in Anm. 1 das. ich indess insofern nicht für zutreffend erachten kann, als — worauf unten Anm. 14 u. 9 noch zurückzukommen, — Albericus de Rosate zu l. 1 § 11 D. si quadr. p. f. v. gar nicht von dem Gesichtspunkte der Verteidigung ausgeht, und Bonifacius in der von Seeger allegierten Stelle ebenfalls in anderem Sinne ausgelegt werden muss.

⁵⁾ So schon Goffredus in der Summe zu den Dekretalen, rubr. »De homicidio«, n. 6,7: »Sed numquid, si me percutias et fugias, audeo te incontinenti insequi et repercutere fugientem. Respondeo: non, quia hoc non fieret ad propulsationem, sed ad ultionem, quae ad solum iudicem spectat Si personae vis infertur, tunc est propellanda, antequam fiat« S. ferner Jacobus de Arena, Lectura zu l. 3 D. de j. et j. 1,1; Bartholomaeus a Saliceto zu l. recte (1) C. unde vi 8,4, n. 10; Bonifacius a Vitalinis l. c., lib. 2 cap. 5 n. 10 i. f.; Hippolytus a Marsiliis, Practica, § Quoniam, n. 65. 85.

⁶⁾ Nicht hierher zu ziehen sind die Auseinandersetzungen der Summa Astesana über das Wiederschlagen; dieselben sind rein theologischer Natur. Einen Anderen zu schlagen ist nämlich nach lib. 2 tit. 64 art. 4 der Summa Ast. dann ein

Angelus Aretinus aus: der durch einen Schlag Bedrohte darf den Angreifer, ohne dessen Schlag abzuwarten, seinerseits percutere; und dem ersten Angreifer

»non licet repercutere, etiam incontinenti, quia haec esset vindicta: quia jam habita offensa evadi non potest, nisi forte percuteret evadens (= um zu entgehen) alias offensas, quas adversarius volebat infligere de novo.«⁷⁾

Ähnlich Bonifacius a Vitalinis:⁸⁾

». Sed tamen, si te vellet iterum percutere, licitum est tibi repercutere ipsum et non aliter (= sonst nicht), ut puto: quia non esset defensio, sed vindicta.«⁹⁾

Thun sine peccato, wenn man solo animo repellendi injuriam illatam et cum debito moderamine se defendat. Dagegen ist es Sünde, wenn man animo vindictae vel odii vel etiam immoderate se defendat. Doch ist diese Sünde eine verzeihliche, wenn animus motus levis vindictae vel odii se immiscet, wohingegen eine Todsünde vorliegt, wenn jemand animo effrenato insurgit in impugnantem ad occidendum eum. S. auch lib. 1 tit. 29 art. 2 pr., § 1: Zur Verteidigung darf man repercutere, sieht man aber den Angreifer quiescere vel discedere: tunc non licet sibi eum percutere, quia hoc non esset sibi injuriam repellere, sed ultionem expetere; aber selbst das defensive Wiederschlagen ist perfectis nicht erlaubt, weil es in der Bibel heisst: Si quis te percusserit in unam maxillam, praebe et aliam und: Non vos defendatis, carissimi, sed date locum irae; und diese perfecti sind die per votum vel praeceptum vel statutum obligati ad non repercutiendum, quales fuerunt apostoli et discipuli in ecclesia primitiva.

⁷⁾ rubr. »Et dictus Titius se defendendo«, n. 11.

⁸⁾ l. c., lib. 2 cap. 5 n. 10.

⁹⁾ Die bei Bonifacius hierauf folgenden Sätze sind scheinbar entgegengesetzten Sinnes. »Sed tamen«, fährt B. nämlich fort, »si tu ita vel timore ductus et motus, ne te percuteret vel occideret, potius quam ex proposito vel dolo, excedis modum in vulnerando, non teneris. Idem dico, si post percussione in te vel vulnus illatum tu incontinenti ipsum vulneras, antequam vadas ad extraneos actus; quia videris facere ad tui defensionem. Et maxime, si ipse volebat te iterum percutere.« Wie reimt sich dies mit dem Vorhergehenden? Hier klingt es doch, als wolle B. das repercutere schlechthin für eine erlaubte defensio erklären und zu Gunsten dieses Satzes den obigen, dass Wiederschlagen nur zur Abwendung weiterer Schläge statthaft sei, verlassen. (So Seeger a. a. O., S. 368 Anm. 1.) Allein man lese zunächst aufmerksam den mit »Sed tamen, si tu ita« eingeleiteten Satz. Wenn der Angegriffene aus Furcht vor weiterer Vergewaltigung die Grenzen notwendiger Verteidigung überschritt, so ist das ein Exzess, und nur die Bestürzung entschuldigt ihn. Dasselbe gilt, fährt der Autor fort, wenn der Gegenschlag in continenti erfolgt ist; auch hier nimmt man zu Gunsten des Angegriffenen an, dass er in seiner Angst nur sich zu schützen beabsichtigt habe (deshalb

Auch Fellinus¹⁰⁾ spricht sich dahin aus, dass ein nicht gleichzeitig zur Abwehr berufenes *repercutere* unerlaubt ist:

»in injuria corporali non licet repercutere percussorem, quia non fit defendendo, sed potius vindicando.«

So ist denn, anders als bei der Gegenbeleidigung, hier zu konstatieren, dass auf die Retorsion von Thätlichkeiten die allgemeine Regel, wonach Rache unstatthaft, unverkürzt Anwendung gefunden hat.

Es bleibt jedoch noch zu untersuchen, welchen Einfluss auf die strafrechtliche Behandlung der Erwiderung von Thätlichkeiten die Italiener dem Momente der Provokation und demjenigen des Affekts einräumten. Nach dieser Richtung hin ist zuvörderst die bereits oben für die dicta verwertete Stelle aus Durantis¹¹⁾ namhaft zu machen, in der dieser äussert, dass, si te provocavi dicto vel facto ad iram, et si dicto vel facto mihi injuriaris, non debes ex hoc mihi condemnari, weil, quod calore iracundiae fit, non imputatur. Das »vel« wird hier als „bezw.“ zu nehmen sein, so dass dictum gegen dictum, factum gegen factum stehend zu denken ist. Durantis erklärt danach die Beantwortung einer Realinjurie mit einer solchen wegen Mangels der Zurechnungsfähigkeit für straflos. Durantis' Auffassung macht Angelus Aretinus zu der seinigen.¹²⁾ Ähnliche Ungunst bringt Albericus de Rosate¹³⁾ dem princeps delicti, weil er ad iram provocavit, entgegen: während der Erstthäter gerade dieses Umstandes halber zur Rechenschaft gezogen werden soll, soll der Provokat straffrei ausgehen.¹⁴⁾

heisst es auch: quia videris facere ad tui defensionem); und das gilt namentlich in dem Falle, wenn in der That objektiv der erste Angreifer mit weiteren Angriffen umging. So gestaltet sich der Sinn der Stelle dahin: Notwehrhandlung ist das *repercutere* nur, wenn es sich gegen einen neuen Schlag als Abwehr richtet, sonst liegt immer ein Exzess vor; jedoch wird auf die Gemütsverfassung des *Repercutienten* Rücksicht genommen, und wenn die Erwiderung auf der Stelle erfolgt ist, so wird schlechtweg die Verteidigungsabsicht präsumiert. So vereinigt sich diese Ausführung mit dem oben im Texte wiedergegebenen Satze des Autors sehr wohl.

¹⁰⁾ Zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 10.

¹¹⁾ lib. 1 part. 2 rubr. »De accusatore«, n. 11 i. f.

¹²⁾ rubr. »Verba injuriosa«, n. 10.

¹³⁾ Zu l. 1 § cum arietes (11) D. siquadr. p. f. v. 9,1.

¹⁴⁾ Den Gesichtspunkt der defensio zieht Albericus hier nicht hinein; es ist deshalb unrichtig, mit Seeger a. a. O., S. 368 Anm. 1, unsere Stelle zu den Belegen zu zählen, denenzufolge thätliche Erwiderung noch zur defensio gerechnet worden sei.

Bonifacius a Vitalinis endlich hebt¹⁵⁾ den Gedanken hervor, dass der Provokant die Folgen seiner Urhebererschaft tragen müsse; denn

»ille est in culpa, volendo te offendere et provocando te ad iram; unde si ipsum sua culpa offendis, sibi imputet«. ¹⁶⁾

Allein diese Meinungen fanden schon früh Widerspruch. Bereits Cinus schilt die Ansicht, dass im calor iracundiae begangene Thaten straflos blieben, als absurd,¹⁷⁾ indem er hinzufügt:

»Pone enim, quod quis capitosus alapam dedit tibi, postea poenitet, eritne impunitus? Certe non; nam lex aliquem per impetum percutientem punit«.

Die Polemik ferner, die Abbas Panormitanus gegen Durantis eröffnete,¹⁸⁾ erstreckte sich auch auf den hier interessierenden Teil der Durantis'schen Ausführung, und es weist derselbe insbesondere darauf hin, dass

»non est licitum percutere eum, qui me percussit, si non fit ad defensionem, sed ad vindictam«;¹⁹⁾

auch schärft er ein, dass

»rixa praecedens non excusat percussione sequentem, unde percussor nihilo minus tenetur ex percussione sua, licet rixae calor praecesserit«. ²⁰⁾

Ihm folgt Angelus Carletus de Clavasio in seiner Summa, der s. g. Angelica:²¹⁾

»Sed numquid« — fragt er — »percutiens ex justo calore iracundiae teneatur? Respondet Speculator . . ., quod non, quia calor iracundiae vitio caret calumniae. Sed contrarium credo: quia injuriam propriam non licet ulcisci«.

¹⁵⁾ lib. 2 cap. 5, n. 10.

¹⁶⁾ Vgl. Augustinus Arimin. an der oben § 7 Anm. 47 zitierten Stelle: jura enim multum persequuntur autorem rixae et illum, qui primo insultat, wozu zu bemerken, dass »insultare« bei den Italienern nicht etwa „insultieren“, sondern „anfallen, körperlich angreifen“ (in alium saltare) bedeutet. (Bartolus zu l. 1 § cum arietes (11) D. si quadrup. panp. 9,1, n. 1,3; Baldus zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, n. 32; cf. Bonifacius Vitalin., lib. 2 cap. 5, n. 1).

¹⁷⁾ Oben § 7 bei Anm. 52.

¹⁸⁾ Oben § 7 bei Anm. 53.

¹⁹⁾ Zu cap. cum te (23) X. de sent. et re jud. 2,27.

²⁰⁾ Zu cap. si rixati (1) X. de inj. et d. d. 5,36, n. 1.

²¹⁾ v. »Rixa«, § 2 (editio Argentin. 1513 fol. 261 v.).

Dieser Ansicht ist wohl auch Hippolytus de Marsiliis, soviel dessen mühsam zu entwirrende Darstellung erkennen lässt.²²⁾ Auch bei Aegidius Bossius tritt der Umstand, dass der Thäter infolge der Anreizung gehandelt hat, nicht als Rechtswidrigkeits- oder Schuld-Ausschlussgrund, sondern nur als Strafmilderungsgrund auf;²³⁾ ausdrücklich spricht er das zwar nur für das homicidium aus; indes muss wohl, was für dieses Delikt gilt, per argumentum a fortiori für die nicht gegen das Leben, sondern nur gegen die Körperintegrität gerichteten deliktischen Handlungen gelten. — Überhaupt ist bei den Neueren ein allgemeiner Grundsatz der:

»Regulariter in delictis provocatio non excusat«;²⁴⁾

und weiter gilt allgemein bei ihnen die Regel, dass diejenigen, qui per iram delinquant, ebenfalls nicht in totum entschuldigt werden.²⁵⁾ Beide Sätze aber werden speziell besonders auf körperliche Vergewaltigungen zur Anwendung gebracht.

Das Endergebnis ist somit das, dass für die Retorsion von Körperverletzungen weder das Moment der Notwehr, noch das der Provokation oder das des Affekts die Deliktseigenschaft ausschliessen.

II. Die Bestrafung.

§ 10.

I. Die Strafe des Retorquenten ohne Rücksicht auf die des ersten Angreifers.

Insoweit die Retorsionshandlung als eine rechtmässige oder auch nur schuldfreie erscheint, beantwortet die Frage nach der Strafe des

²²⁾ Pract. crim. § Quoniam, n. 62 sqq.; Consilia, cons. 25, n. 21 sqq.; cons. 137, n. 6 sqq. Wie wirr die Ausführungen von Hippolytus sind, zeigt sich namentlich im letztgenannten Consilium, n. 14--22. »Homo enim«, sagt der Autor, »non est ferreus nec ligneus, sed est carneus et sentit percussiones et injurias sibi illatas Ex istis satis credo patere, quod dicto Dionysio (dem in Rede stehenden Angeklagten) ter provocato verbis et percussionibus licitum fuit, vim vi repellere, cum difficillimum sit homini justum dolorem temperare.« Hiernach sollte man annehmen, dass nach Hippolytus der justus dolor mindestens die Strafe ausschliesse. Aber von solcher Auffassung weit entfernt, sagt der Verfasser gleich darauf: »Dolore justo accensus si quis delinquit, poena debet temperari.« Und dies Letztere scheint seine wahre Meinung zu sein.

²³⁾ rubr. »De homicidio«, n. 59.

²⁴⁾ Julius Clarus, § Injuria, n. 14.

²⁵⁾ Vgl. Carerius, Tract. de homic., § Septimo excusat calor iracundiae, n. 1 sqq.; Menochius, De arbitrar. jud. quaest. et c., lib. 2 cent. 4 cas. 319, n. 33.

Retorquenten sich einfach dahin, dass eine solche nicht verhängt wird, und zwar weder private, noch öffentliche. Im Übrigen, d. h. also sofern bei der Retorsion von Verbalinjuriën die Notwehrgrenze überschritten war, (z. B. die Erwiderung *ex intervallo* stattgehabt,) oder sofern Thätlichkeiten in Frage standen, verfiel der Zweitthäter nicht in die *poena ordinaria*, wurde vielmehr *aliquantum mitius* bestraft: hier wurde nämlich dem Momente der Provokation oder des durch diese wachgerufenen *justus dolor* (*calor iracundiae, ira*), welches nach Aufgeben der Durantisschen Ansicht durch die Jurisprudenz ja nicht mehr als die Rechtswidrigkeit oder die Schuld ausschliessend angesehen wurde, Rechnung getragen.¹⁾ Speziell findet sich noch für den eigentlichen Notwehrexcess, der ja unter Umständen unter den Begriff der Retorsion fällt, ausgesprochen, dass er mit einer milderer als der regelmässigen *poena* zu belegen sei, seltsamer Weise meist mit der Begründung, dass hier der Thäter in Folge der Provokation und seiner Erregung mehr in *culpa*, als in *dolo* gehandelt zu haben scheine.²⁾

§ 11.

2. Die Strafe des ersten Angreifers ohne Rücksicht auf die des Retorquenten.

Da durch die erfolgte Retorsion, mag sie berechtigt oder unberechtigt, schuldhaft oder nicht schuldhaft gewesen sein, das Delikt

¹⁾ Abbas Panormitanus, zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 18; zu cap. cum te (23) X. de sent. et re jud. 2,27, n. 25 i. f.; zu cap. si rixati (1) X. de injur. 5,36, n. 2; Summa Angelica, v. »Rixa«, § 2 (fol. 261 v in der Ausg. Argent. 1513) — Schläge in Folge des *justus dolor* —; Bertachinus, Repertor, v. »Injuria« (fol. 101 unten in der Ausg. Venetiis 1494) — Verbalinjuriën in Folge der Provokation durch solche —; Fellinus zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 12; Augustin. Arim. zu Angelus, rubr. »Et dictus Titius se defendendo«, n. 29; Claudius de Seyssello, zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, § 62; Phil. Decius, De reg. jur., reg. »Quicquid calore irac.«, n. 7,8: »quamvis ex toto non excusetur ille, qui delinquit, poena tamen mitigari debet in delicto commisso cum iracundia Et quantum ad istam mitigationem poenae, . . . debet probari, quod talis fuerit iracundia, quod ipsum delinquentem a mente alienaverit: quia alias nullam haberet excusationem, sed ordinaria poena est puniendus«; Aegidius Bossius, rubr. »De homicidio«, n. 91; »De injur.«, n. 6; Carerius, l. c., § »Septimo excusat«, n. 1,2; Menochius, De arbitr. jud. qu., lib. 2 cent. 4 cas. 319, n. 33.

²⁾ Jacobus de Arena, Lect., zu l. 3 D. de j. et j. 1,1; Bartholomaeus a Saliceto zu l. recte (1) C. unde vi 8,4, n. 10; Hippolytus a Mars., Practica, §

des ersten Angreifers nicht ungeschehen gemacht wird, so ist es von Hause aus naturgemäss, dass Letzteren an sich eben die Strafe, die er verwirkt hat, treffe. Nun könnte sich freilich fragen, ob ihm das Faktum der erlittenen Retorsion nicht in irgend welcher Weise zu Gute gerechnet wird. Bei den Italienern finden sich solche Erwägungen jedoch nicht, deren ganze Aufmerksamkeit sich vielmehr lebhaft auf den Gesichtspunkt der Kompensation richtet. Die Kompensation aber setzt einmal auf beiden Seiten Delikte voraus, und sodann richtet sie ihr Augenmerk stets auf beide Seiten, bedarf also einer besonderen Betrachtung.¹⁾ Etwas ganz Anderes wäre ein Satz, wonach dem Geschehnis der Retorsion, sei es nun in dem Falle, dass sie Delikt, sei es in dem, dass sie nicht Delikt sei, einseitig die Wirkung beigelegt würde, dass der Retorquent sich dadurch der ihm gegen den adversarius erwachsenen Privatklage beraubte oder vielleicht sogar den Wegfall öffentlicher Bestrafung des ersten Thäters bewirkte. Bisweilen hat es fast den Anschein, als gelangten unsere Autoren zu einem solchen Satze. Sie verschmelzen nämlich oftmals die Frage nach der Erlaubtheit der Retorsionshandlung mit der Untersuchung über die Kompensation und scheinen zuweilen in einem Atemzuge eine Retorsionshandlung für statthaft zu erklären und für denselben Fall auch Deliktskompensation (sic!) eintreten lassen zu wollen. So begegnen bei Celsus Bargalius²⁾ Wendungen, die für sich allein betrachtet, ganz so klingen, als lasse derselbe die Gegenbeleidigung, wenn sie in den Schranken der Nothwehr geübt werde, zwar rechtmässig und straflos sein, gleichzeitig aber kompensativ auch die Aufhebung der Vorbeleidigung bewirken. Ferner Bajardus³⁾ formuliert, wie folgt:

»Injuriatus per aliam injuriam propulsare potest, quia injuria alia injuria compensatur.«

Solche Auffassung würde schliesslich darauf hinauskommen, dass der Erstthäter deswegen straffrei ausgeht, weil ihm retorquiert worden ist. Mit klaren Worten ist dies aber, soweit ich sehe, nirgends ausgesprochen.

»Quoniam«, n. 65. 85; Consilia, cons. 119, n. 10; Carerius, l. c., § »Circa quantum de excessu in se defendendo«, n. 3.

¹⁾ Unten § 12.

²⁾ lib. 6 reg. 15, n. 56 l. c.

³⁾ Zu Clarus, § Injuria, n. 65 i. f.

§ 12.

3. Kompensation.

Insoweit die Retorsion nicht als rechtmässig oder auch nur als schuldfrei erscheint, insoweit also auf Seiten des ersten wie des zweiten Thäters ein Delikt vorliegt, kann möglicherweise an der sonst verwirkten Strafe beider Teile noch dadurch etwas geändert werden, dass beide Thaten zusammen in ihrer gegenseitigen Beziehung rechtlich gewürdigt werden. Eine derartige Verbindung liegt dem Gedanken der Deliktskompensation zu Grunde: das Delikt A wird durch das Delikt B für ganz oder teilweise aufgehoben angesehen und umgekehrt, so dass die Strafmöglichkeit wegfällt. Dies ist etwas ganz anderes, als die gegenseitige Aufrechnung der Privatstrafansprüche in Höhe der zusammenfallenden Beträge, wie sie das reine römische Recht allein kannte: hier, bei der wahren Deliktskompensation, kommt es gar nicht zur Auswerfung einer Strafe, vielmehr ist die blosse Existenz des einen Delikts bereits hinreichend, um das andere zu absorbieren, es ungeschehen sein zu lassen, und vice versa. Daraus folgt dann die Straflosigkeit beider und prozessual die Unmöglichkeit, ein Strafverfahren durchzuführen.

Während, wie wir sahen, derartige Bestimmungen dem römischen und dem kanonischen Rechte fremd waren, wurde die italienische Rechtswissenschaft hier schöpferisch. Indess schloss die Entwicklung sich durchweg an die quellenmässige Paroemie »*Paria delicta mutua compensatione tolluntur*« an, deren Tragweite überschätzt wurde. Bei einem solchen grundlegenden Irrtum kann es nicht Wunder nehmen, wenn die einschlägigen Ausführungen Klarheit der Auffassung und Schärfe der Abgrenzung vielfach vermissen lassen, wenn die heterogenen Begriffe Kompensation von Obligationen, Kompensation ehelicher Verfehlungen im Streit um die separatio tori und rücksichtlich der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung der Ehegatten, Kompensation von dolus gegen dolus, culpa gegen culpa, negligentia gegen negligentia in bürgerlichrechtlicher Beziehung, Kompensation von Delikten und Strafen bunt durcheinandergehen.¹⁾ Dadurch, dass anstandslos von

¹⁾ Man vgl. nur z. B. die Darstellung bei Durantis, l. c., lib. 1 part. 2 rubr. »De accusatore«, n. 11; Jacobus de Bello Visu, l. c., lib. 1 cap. 3, n. 20—22. Charakteristisch auch Bartolus, der zu l. si ambo (10) § quoties D. de comp. 16,2 kommentiert: Debitum ex delicto compensatur, nichtsdestoweniger aber zum pr. eod. unrichtig anmerkt: »Item debita seu potius delicta ex paribus casibus compensantur«.

dem Einen auf das Andere geschlossen wird, Quellenbelege für das Eine ohne Weiteres auch für das Andere allegiert werden, wird natürlich viel Verwirrung gestiftet, eine Verwirrung, die noch erhöht wird durch die Hereinziehung der Untersuchung über die Berechtigung der Retorsion.²⁾ Zwei Umstände aber haben vornehmlich ein Durchdringen zur Klarheit verhindert: einmal der, dass die strafrechtliche Delikt-kompensationslehre sich aus dem Zivilrecht heraus entwickelte, ohne sich der Verschiedenheit beider Disziplinen bewusst zu werden, und sodann der, dass die Juristen den vermeintlich unbedingte Geltung beanspruchenden Satz »Paria delicta« cet. bereits in seiner festen Formel aus den Quellen überliefert empfangen, ihn auf den ersten Blick probabel befanden und sich nicht bemüssigt fühlten, dem Grunde desselben nachzugehen.

Als einen Hauptfall der pönalen Delikt-kompensation hatte man wohl immer den der Retorsion im Auge; aber freilich war der Wirkungskreis der Kompensation nicht auf dieses Gebiet beschränkt, umfasste vielmehr alle Fälle, in denen sonst wechselseitige Delikte irgendwelcher Art vorlagen.

Die Quellenstellen, an welche die Entwicklung sich anschloss, l. 39 D. sol. matr. 24,3, und capp. 6. 7 X. de adult. 5,16 wurden in ihrem unmittelbaren Sinne richtig gedeutet. Man war sich klar darüber, dass die Entscheidung selbst nicht weiter reichte, als dass gegenseitige eheliche Verfehlungen von Mann und Frau in dem Separationsprozess und in der Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten einander aufheben³⁾. Indess wollte man in ihr nur einen Ausfluss des allgemeinen Prinzips »Paria delicta mutua compensatione tolluntur« erblicken, und dieses Prinzip meinte man nach allen Richtungen hin, auf allen Rechtsgebieten zur Anwendung bringen zu müssen; so namentlich auch für Privat- und Kriminalstrafen.

Als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Regel forderte man zunächst das Gegenüberstehen von zwei gleichen Delikten,⁴⁾ also

²⁾ So z. B. Durantis, l. c.

³⁾ Vgl. z. B. Hostiensis, Summa aurea, De divortiis rubr., n. 7; Abbas Panormitanus zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 7; Alexander Tartagnus zu l. 39 D. sol. matr. 24,3, n. 1.

⁴⁾ »Paria: in quantitate et qualitate«: Joh. Andreae, zu cap. 7 X. de adult. 5,16; Anton. a Butrio, zu cap. 7 eod., n. 5.

z. B. Ehebruch auf Seiten beider Ehegatten⁵⁾. Man fand nun aber in den Quellen Bemerkungen, die eine Einschränkung der Regel zu verlangen schienen; so die ausdrücklichen Bestimmungen in l. 38 § 2 D. do noxal. act. 9,4 und l. 13 § 5 D. ad leg. Jul. de adult. 48,5, welche Kompensation nicht zulassen. Statt aus ihnen die Folgerung zu ziehen, dass pönale Deliktskompensation sich aus den Quellen nicht herleiten lässt, ersann man in erster Linie die Vereinigung, die Regel greife nur Platz, wenn die *paria delicta* »circa idem commissa«,⁶⁾ oder, wenn schon »circa diversa commissa«, so doch »ad idem, ad eundem finem tendentia«⁷⁾ seien. Unter diesem nebelhaften »circa idem« und »ad eundem finem« konnte man sich nun freilich Alles und Nichts denken. Näher zu Leibe gegangen ist aber diesen Begriffen anscheinend Keiner. Das stehende Beispiel von *delicta circa idem commissa* ist das, dass eine und dieselbe Ehe von beiden Eheleuten gebrochen worden ist.

Später begann man mit stärkerem Nachdruck ein weiteres Moment zu kombinieren, welches wenigstens einen Ansatz zum Richtigen enthält: man schied kriminale Strafe — *poena applicanda fisco* — und Privatstrafe — *poena ad interesse partis* — und sprach aus, dass Kompensation bei der ersteren ausgeschlossen sei.

Die Ansichten der italienischen Autoren über die Deliktskompensation in eine sachlich einheitliche Darstellung zusammenzufassen oder auch nur gruppenweise zusammenzustellen, geht nicht an, da die Meinung fast eines jeden Einzelnen, sei es auch nur in Beispielen oder Schlussfolgerungen, individuell ausgeprägt oder mindestens schattiert erscheint. So sei im Folgenden eine Übersicht über die Ansichten der wichtigsten Schriftsteller nach der Zeitfolge gegeben.

⁵⁾ Doch liess man in gewissem Maasse auch Kompensation eines vom Ehemann begangenen *lenocinium* an der Frau mit dem von dieser demnächst begangenen *adulterium* zu. Man legte nämlich der prozessualen Bestimmung in l. 47 D. sol. matr. 24,3, wonach in solchem Falle der Ehemann nicht als Ankläger qualifiziert ist, auch den Kompensationsgedanken unter; die l. 2 § 5 D. ad leg. Jul. 48,5, meinte man, rede von einem Falle, in dem das *nomen* des Angeklagten bereits *inter reos* aufgenommen sei. Man gewann so die Formel: *lenocinium* und *adulterium* werden bis zur *Nominisreception* kompensiert, nachher nicht mehr. Jacob. de Arena, *Lecturae*, zu l. 2 § 5 D. ad leg. Jul. 48,5; Bartolus, zu l. 39 D. sol. matr. 24,3 und zu l. 13 § 5 D. ad leg. Jul. 48,5.

⁶⁾ So z. B. Antonius a Butrio, zu cap. 6 X. de adult. 5,16, n. 8.

⁷⁾ So z. B. Durantis, lib. 1 part. 2 rubr. »De accusatore«, n. 11.

Auch, hier führt uns die Forschung bis auf Durantis zurück. Er stellt ausdrücklich die zivilen und kriminellen Deliktsfolgen einander gleich und legt das Gewicht ausschliesslich auf die Frage, ob die Delikte circa idem sich drehen oder nicht:

»Quid si te vocavi latronem et tu me, numquid ex hoc possumus nos adinvicem accusare? Videtur, quod non, quia sicut licet vim repellere vi, sic injuria injuriam retorquere et eam propulsare, et paria delicta mutua compensatione tolluntur. Dic contra: quisque enim nostrum ageret de sua injuria, licet par sit injuria. Nec obstat illud, quod paria delicta etc., quia loquitur quando crimina circa idem factum committuntur, et ex eis civiliter vel criminaliter agitur, puta circa idem matrimonium vel circa eandem societatem et hujusmodi; secus, si sint diversa facta, ex quibus civiliter vel criminaliter agitur.«⁸⁾

Dagegen scheidet Jacobus de Arena die zivilen von den kriminellen Rechtsfolgen:

»In criminibus fit compensatio«, sagt er, »quantum ad executionem civilem (so z. B. im Falle der l. 39 D. sol. matr.); sed quantum ad criminalem executionem, non« . .⁹⁾.

Die Darstellung von Dinus¹⁰⁾ hebt mit der gleichen Unterscheidung an — pro puniendo dolum vel culpam agitur criminaliter vel civiliter —, behandelt aber die Sache in ganz anderem Sinne. Für den Fall der Kriminalanklage geht Dinus auf die Kompensationsfrage überhaupt nicht ein, prüft vielmehr nur die Frage, inwieweit prozessual der Ankläger, dem ein Delikt zur Last fällt, von der Anklage ausgeschlossen ist. Er entscheidet dieselbe dahin:

»Si idem est delictum accusatoris et accusati, repellitur accusator, quia nil dolosus doloso . . . Si diversum, aut opponitur in modum accusationis, aut in modum exceptionis . . . si exceptionis, tunc opponitur, antequam nomen ejus inter reos fuerit receptum, postea vero non auditur . . .; si in modum accusationis, aut de pari, aut minori vel majori; si de majori, auditur antquam nomen suam sit scriptum inter reos, postea

⁸⁾ lib. 1 part. 2 rubr. »De accusatore«, n. 11; vgl. auch lib. 4 part. 4 rubr. »De injuriis et d. d.«, n. 2.

⁹⁾ Lecturae, zu l. 13 § 5 D. ad. leg. Jul. 48,5.

¹⁰⁾ De regulis juris, reg. »In pari causa«, § »Et circa materiam«.

vero nullo modo auditur; si de pari vel minori, non auditur nisi suam vel suorum injuriam prosequatur«.

Bei ziviler Klage ex delicto

»aut uterque est in dolo, aut uterque est in pari culpa: et tunc hincinde compensantur, sive circa idem, sive circa diversa reperiatur dolus sive culpa«;

sind dagegen die Grade der beiderseitigen Verschuldung verschieden, dann überwiegt der schwerere Grad, sofern es sich circa idem handelt; handelt es sich circa diversa, dann »fit compensatio, cum teneatur uterque ad quantitatem«; schlechthin ausgeschlossen soll die Kompensation aber in dem Spezialfalle sein, dass »unus in (culpa) levi in faciendo, alter in negligendo« war: dann »praeponderat levis in faciendo, et ideo non compensatur . . .«

Nach Jacobus de Bello Visu soll die kriminelle Verfolgung der Delikte der Kompensation dann entzogen sein, wenn der dolus vertitur circa diversa; im Gegensatz dazu soll der zivilen Klage — auf Lösung einer Ehe, vermögensrechtliche Auseinandersetzung, Privatstrafe, — durch die Kompensationseinrede stets, auch dann begegnet werden können, wenn die Verfehlungen circa diversa sind.¹¹⁾

Calderinus hinwiederum bekennt sich zu der Meinung des Jacobus de Arena, die schlechthin Zivil- und Kriminalprozess scheidet:

»Paria delicta mutua compensatione tolluntur . . . hoc verum nisi (soll heissen nonnisi) civiliter agatur, secus si criminaliter«.¹²⁾

Ebenso Baldus.

»Nota«, heisst es bei ihm, »quod si duo inimici se videntes veniunt unus versus alterum, et alter versus alterum, quod neuter punitur de insultu . . . Dico, quod neuter punitur sub nomine delicti insultus; sed si intervenerunt caedes et vulnera, de istis uterque punitur. Vel dic verius, quod ad interesse partis nullus punitur; sed criminaliter, quia uterque delinquit contra rempublicam, uterque punitur etiam de insultu, quia respectu reipublicae non compensatur dolus cum dolo«;¹³⁾

¹¹⁾ lib. 1 cap. 3, n. 20—21.

¹²⁾ Reportorium, v. »Compensare«.

¹³⁾ Zu l. ut vim (3) D. de j. et j. 1,1, n. 32.

und an anderer Stelle:¹⁴⁾

»Si loquimur de poena seu punitiōe, refert: aut loquimur de poena civiliter imponenda: et tunc paria delicta confunduntur adinvicem ...; aut de poena criminaliter imponenda: et tunc non confunduntur, immo uterque punitur, si, legitimus interveniat accusator«.¹⁵⁾

Antonius a Butrio verweist¹⁶⁾ rücksichtlich der Frage, ob, wenn duo dicunt sibi invicem convicium, alter alterum accusent, zwar schlechtweg auf Durantis, scheint aber doch in Wahrheit erheblich anderer Ansicht als dieser zu sein, wie andere Äusserungen des Autors ergeben. Durantis lässt, wie wir sahen, für zivile und kriminelle Verfolgung die gleichen Sätze gelten. Anders Antonius a Butrio, der zu cap. 7 X. de adult. anmerkt:¹⁷⁾ die Regel »Paria delicta« cet. gelte dann nicht,

»quando non agitur ad separationem tori, sed agitur ad finem poenae directae«,

und weiterhin sagt:

»Ubi (vero) agitur ad poenam infligendam, tunc agenti de adulterio non obstat exceptio adulterii alterius sicut nec lenocinii, quia peccatum unius alterum a poena non relevat«.

Spricht Antonius a Butrio seine Sätze auch zunächst nur für die Ehebruchsmaterie aus, so sind dieselben doch offenbar als allgemeingültig gemeint.

In die Darstellung von Paulus de Castro spielen namentlich die prozessualen Bestimmungen der römischen Quellen mit hinein. L. 39 D. sol. matr. nimmt derselbe in seinem Kommentar¹⁸⁾ ganz richtig in dem Sinne, dass es sich daselbst um die bürgerlichrechtlichen Wirkungen der gegenseitigen Verfehlungen handele; anscheinend entgegengesetzt entscheide zwar l. 2 § 5 D. ad leg. Jul. de adult., jedoch:

»ibi loquitur de accusatione adulterii criminaliter intentata per virum ad publicam vindictam; ab illa nam non potest uxor

¹⁴⁾ Zu l. 39 D. sol. matr. 24,3.

¹⁵⁾ An anderer Stelle — zu l. 10 § 1 D. de comp. 16,2 — macht Baldus einen Unterschied, ob die actio »est de re familiari« oder »ad vindictum«. Aus den im Text zitierten Stellen geht hervor, dass er die Privatstrafklage der ersteren Kategorie zuweist, also die vindicta nur als v. publica meint.

¹⁶⁾ Zu cap. 9 X. de injur. 5,36.

¹⁷⁾ l. c. n. 5,6.

¹⁸⁾ n. 1 ad. h. l.

repellere virum, postquam nomen ejus receptum est inter reos, per exceptionem lenocinii«. ¹⁹⁾

Also in Ansehung der öffentlichen Bestrafung keine Kompensation, wofern die Einrede nicht bis zur nominis receptio geltend gemacht ist. ²⁰⁾

Gleicher Ansicht ist Angelus Aretinus. ²¹⁾

Eingehend beschäftigt sich Nicolaus de Tudeschis mit unserer Frage; er beantwortet sie dahin: In Ansehung der öffentlichen Bestrafung — si ageretur ad poenam legalem infligendam — ist Kompensation der Delikte ausgeschlossen:

»delictum unius non tollitur per peccatum alterius, imo cujuslibet delictum poena condigna puniri debet«;

für die zivile Klage ist die Kompensation dann ausgeschlossen, wenn die delicta circa diversa commissa sind, z. B.

»si tu dedisti mihi damnum in una re, et ego dedi tibi in alia; si tu dixisti mihi injuriam et ego tibi; si tu fuisti mihi furatus unam rem, et ego tibi aliam«. ²²⁾

Tyndarus Alphanus (ein Verwandter — Urenkel? — des Bartolus) scheidet ²³⁾ zuvörderst ebenfalls die kriminelle und die zivile Klage. Bei Ersterer wiederum trennt er:

»Aut dolus, delictum (der Autor fügt noch gedankenlos hinzu „casus“ — bei Kriminalanklage aus Delikt!) circa idem proponitur, approbatur ex utraque parte: et admittitur compensatio. Aut proponitur dolus ex utraque parte, ex quo causantur delicta separata circa omnino diversa . . . quo casu secundum veram sententiam applicatur fisco . . .«: in diesem Falle ist zu erwägen, dass » . . . compensare est solvere, solutio autem non potest fieri alteri, quam ipsi creditori vel ejus mandatario; creditor autem hoc casu, ille, cui solvenda est poena, sine dubio est fiscus, qui longe differt ab accusatore vel reo, sicque non recipitur compensatio«.

¹⁹⁾ n. 5. l. c.

²⁰⁾ Über die Deliktsskompensation im Falle der Privatstrafklage handelt Paulus de Castro n. 1 zu l. 10 § 2 D. de comp. 16,2.

²¹⁾ rubr. »Che hai adulterato la mia donna«, n. 32. n. 49 ultimo.

²²⁾ Zu cap. dilecti (8) X. de except. 2,25, n. 7. 17; zu cap. cum te (23) X. de sent. et re jud. 2,27, n. 25; zu cap. 6 X. de adult. 5,16 n. 5. 9; zu cap. si rixati (1) X. de injur. et d. d. 5,36, n. 1.

²³⁾ Tractatus in materia compensationum, art. 5, n. 34. 35.

Anderwärts²⁴⁾ beschränkt jedoch Tyndarus seine Meinung, indem er an derselben nur insoweit festhält, als es sich um nova accusatio handelt, während er für den Fall exceptionsweiser Geltendmachung des Gegendelikts Kompensation zulässt. Bei der Zivilklage ex dolo vel culpa wird nach Tyndarus Dolus gegen Dolus, Culpa gegen Culpa unbedingt kompensiert, ausserdem Dolus gegen Culpa dann, wenn diversa sint damna, wohingegen circa idem der schwerere Grad des Verschuldens praeponderat leviori.²⁵⁾

Lichtvoll und schlüssig sind die Ausführungen, die Angelus Carletus de Clavasio in seiner Summa²⁶⁾ giebt:

»Quid si Titius et Sempronius percussissent se adinvicem et contumeliam dixerint: numquid ista paria delicta tollantur mutua compensatione? Resp.: quod non, quia non sunt circa idem factum, eo quod factum tuum non est meum . . . et ideo quilibet poterit agere de injuria sua . . . nec poterit repelli ab agendo propter injuriam factam. . . . Multo minus tolluntur, si agatur criminaliter ad poenam legalem, quia cujuslibet delictum punietur poena condigna . . . et dicta regula „paria delicta“ intelligitur vera solum, quando delictum est circa idem commissum, utputa circa idem matrimonium, et agatur civiliter«.

Bertachinus handelt in seinem Repertorium von der Delikt-kompensation unter verschiedenen Stichworten. S. v. »Delicta« giebt er die kurze Regel:²⁷⁾

»Delicta paria mutua compensatione tolluntur; quod verum nisi in crimine falsi, quia si actor et reus producunt falsa instrumenta, uterque punitur«.

Ganz anders seine Bemerkungen s. v. »Compensatio«; hier sagt er:²⁸⁾

»Compensatio delictorum ad praejudicium fisci fieri non potest, sed civiliter sic, i. e. ad praejudicium partium secundum Baldum . . . Hoc est, quod dicitur, quod

Compensatione mutua delicta tolluntur . . . quoad partes, non quoad fiscum respectu poenae«.

²⁴⁾ in den Breves conclusiones zu demselben Traktat, artic. 7, n. 27—28.

²⁵⁾ l. c. art. 5, n. 29. 30. 35. 36.

²⁶⁾ s. v. »Rixa«, § 1 (ed. Argentin. 1513 fol. 261 v.).

²⁷⁾ Ed. Venetiis, 1494, p. I fol. 243 v.

²⁸⁾ p. I fol. 154.

Wieder besonders und in anderem Sinne behandelt der Autor die Injurienkompensation speziell. Für sie stellt er den Satz auf:²⁹⁾

»Compensatio habet locum in actione injuriarum reciprocarum« — unter Allegierung zweier Stellen aus dem Corpus juris canonici, deren oben § 4 gedacht ist. Mit diesem Satze scheint er jedoch nur auf die obligatorische Kompensation der beiderseitigen Strafforderungen abzu zielen (wie er auch betont, dass »Compensatio habet locum etiam in debito poenali«); wenigstens formuliert er s. v. »Injuria«³⁰⁾ die Regel:

»Injuria verbalis mutua non tollitur compensatione, sed quilibet agit pro sua«.

Fellinus Sandeus ist mit der Ansicht des Abbas Panormitanus einverstanden, dass

»in criminali non fit compensatio in objectione alterius criminis«.³¹⁾

Verdienstlich ist bei diesem Autor die scharfe Hervorhebung, dass l. 47 D. sol. matr. 24,3 eine rein prozessuale Bedeutung hat. Es könne zwar, sagt er, excipi de crimine contra accusatorem ante nomen rei receptum inter reos; aber diese „Kompensation“ sei nur »exclusiva personae accusatoris, non autem excusativa personae ipsius rei: quia in delictis non fit compensatio ad hunc finem«. Die Regel, dass gleiche Delikte der Kompensation unterlägen, gelte nur, wenn civiliter, puta ad separationem tori, de crimine geklagt werde³²⁾.

Nicht recht verständlich ist der Standpunkt, den Aegidius Bossius einnimmt. Seine Worte sind:³³⁾

»Et nota omnino in hac materia, quod duobus se invicem verbis injuriosis afficientibus, licet uterque puniatur, et compensatione non tollatur delictum, tamen, quando non apparet quis inceperit, vel quando simul ambo inceperint, uterque est absolvendus. Secus, si contendissent armis«.

Da Bossius im Falle der Retorsion weder dem Defensionsgedanken, noch dem Umstande der Provokation oder des Affekts Wert beimisst, vielmehr den Retorquenten nur mit milderer Strafe davonkommen

²⁹⁾ eod.

³⁰⁾ p. II. fol. 101 v.

³¹⁾ Zu cap. dilecti (8) X. de exc. 2,25, n. 9.

³²⁾ Ob, wie es fast den Anschein hat, Fellinus überhaupt jede pönale Kompensation ausgeschlossen wissen will, muss dahingestellt bleiben.

³³⁾ Tit. »De injuriis«, n. 8.

lässt,³⁴⁾ so ist der Vordersatz bis *puniatur* zunächst ganz klar und folgerecht: es werden bei Vorliegen wechselseitiger Injurien, auch im Retorsionsfalle, eben beide Teile bestraft, und dazu stimmt auch noch die darauf folgende Ablehnung des Kompensationsgedankens; aber überraschen muss der mit *tamen* folgende Satzteil, da nicht ersichtlich ist, weshalb bei gleichzeitiger wechselseitiger Beleidigung beide Teile ohne Strafe ausgehen sollen; zum Überfluss kommt dann noch ganz unmotiviert der Schlusspassus: weswegen Thätlichkeiten mit bewaffneter Hand wiederum andere rechtliche Behandlung erfahren sollen, ist unerfindlich.

Grosser Ausführlichkeit in Behandlung der Delikts-, speziell Injurienkompensation begegnen wir bei Celsus Bargalius³⁵⁾. Als allgemeine Grundsätze gelten ihm folgende: wenn criminaliter geklagt werde, greife, selbst wenn die Delikte *circa idem* begangen seien, eine *compensatio exclusiva poenae vel confusiva delicti* nicht Platz³⁶⁾; dagegen trete, insoweit es sich um die Zivilklage handle, Aufrechnung der Delikte ein, vorausgesetzt, dass die Delikte entweder *circa idem* oder *circa diversa ad eundem finem tendentia vel ad idem iudicium ejusdem rei* seien; sonst auch hier keine Kompensation, wenn nämlich *dolus hincinde commissus est in re diversa et ad diversum tendit effectum*³⁷⁾. — Bei Besprechung des Sonderfalles, dass *dixi tibi verba injuriosa, tu quoque verba injuriosa retulisti, vocavi te latronem, tu vocasti me proditorem*, verlässt aber der Verfasser auf einmal zum Teil grundlos seine eigenen Pfade, indem er hier nach dem Vorgange von Ludovicus Romanus, (Pontanus)³⁸⁾ die Frage nach Erlaubtheit der Retorsion in seine Betrachtung hineinzieht. Die kriminelle Ahndung wechselseitiger Injurien behandelt er zwar seiner allgemeinen Regel gemäss:

»Si de poena criminali quaeratur, tunc, cum agatur ad vindictam publicam, non permittitur compensatio«³⁹⁾;
für die zivilen Rechtsfolgen dagegen wird folgendergestalt argu-

³⁴⁾ Oben § 7 bei Anm. 58.

³⁵⁾ l. c. lib. 6 reg. 15, n. 5 sqq.

³⁶⁾ n. 35 l. c. — Bargalius fügt hinzu: wohl aber sei zugelassen eine »*compensatio exclusiva personae accusantis*«.

³⁷⁾ n. 25—27 l. c.

³⁸⁾ Von diesem Autor war mir leider die *Lectura ad Infortiatum* nicht zur Hand.

³⁹⁾ n. 57 l. c.

mentiert:⁴⁰⁾ Zu Unrecht entscheide Durantis den Fall gegenseitiger Beleidigung schlechtweg dahin, dass beide Teile ihre Injurienklage hätten, weil die *Delicte diversa facta* seien. Man müsse vielmehr auch hier unterscheiden, ob die Injurien *circa idem* oder *circa diversa* begangen seien: ersteres sei der Fall, wenn die zweite Injurie nur als erlaubte *defensio* gegen die erste gemeint gewesen; letzteres, wenn die Grenzen der Notwehr nicht eingehalten seien, so wenn die *Retorsion ex intervallo* stattgehabt habe. Für letzteren Fall folgert Bargalius wenigstens richtig weiter, dass Kompensation hier, der allgemeinen Regel gemäss, ausgeschlossen ist⁴¹⁾. Vergebens forscht man dagegen nach dem Grunde der für den ersten Fall gegebenen Entscheidung. Da in demselben *delicta circa idem commissa* vorliegen sollen, so müsste folgerecht kompensiert, es könnte (*civiliter*) kein Teil bestraft werden. Statt dessen soll Derjenige, *qui prior verba injuriosa dixerit*, allein bestraft werden, der Andere nicht⁴²⁾. Hätte der Verfasser aus der unrichtigen Prämisse — dass im Falle berechtigter Notwehr »*delicta*« *circa idem commissa* vorlägen, — richtig weiter geschlossen, so wäre freilich das Ergebnis in Wahrheit keine DeliktKompensation gewesen, da ja der Zweite gar nicht delinquent hat; wohl aber wäre er dann zu dem an sich nicht unmöglichen Satze gelangt, dass Notwehr zwar statthaft sei, aber auch die Folge nach sich ziehe, dass die Strafbarkeit auch des ersten Angreifers als getilgt erscheine.

Kurz und bündig, aber auch ohne tieferes Eingehen auf die Sache, spricht Carerius über die Frage, an *dolus cum dolo* *compensetur in maleficiis*, seine Ansicht dahin aus, dass

»*delicta et dolus mutua compensatione tollantur respectu interesse partis, secus tamen quoad fiscum; nam non datur compensatio in delictis in praejudicium fisci, sed poena tenet suos auctores, et unusquisque punitur juxta suum delictum*«.⁴³⁾

Die Grundauffassung von Tiberius Decianus ist insofern die gleiche, als auch er der Regel »*Paria delicta*« *cet.* die Anwendbarkeit versagt, *quando poena veniret applicanda fisco*: denn hier verbiete das

⁴⁰⁾ n. 53—56 l. c.

⁴¹⁾ n. 56 l. c.

⁴²⁾ n. 55 l. c.

⁴³⁾ l. c. § *Circa quartum*, n. 15, cf. n. 16 u. 17.

Interesse des Staats die Aufrechnung.⁴⁴⁾ Aber auch im Übrigen soll nach ihm die Kompensation ausgeschlossen sein, wenn die *delicta diversa, separata ac ad diversum finem tendentia* sind, so namentlich im Falle wechselseitiger Injuriierung.⁴⁵⁾ Dagegen soll dieselbe Platz greifen, wenn die *delicta paria sunt et ad eundem finem tendunt*, auch si diversa forent *delicta specie*, dummodo tamen essent adeo *connexa*, ut tenderent ad eundem finem, ut *lenocinium et adulterium*.⁴⁶⁾ Doch müsse auch in diesen Fällen die Kompensationseinrede, um wirksam zu sein, ante nomen accusati receptum inter reos vorgeschützt werden.⁴⁷⁾ Bemerkenswert ist hier die Erweiterung der Regel »*Paria delicta mutua compensatione tollantur*« auf *delicta disparia*. Übrigens ist die Darstellung Decians geradezu typisch für die oben charakterisierte Zusammenwerfung heterogener Dinge. Er bringt unter einen Hut den Fall, dass zwei Ehegatten sich gegenseitig Ehebruch vorwerfen; denjenigen, dass zwei Paziscenten Beide in eine ausbedungene Konventionalstrafe verfallen, den, dass von zwei Nachbarn der eine die gemeinschaftliche Mauer untergräbt und der andere sie zu schwer belastet, so dass sie zusammenbricht; den Fall, dass von zwei Grundstückseignern der erste vi et clam ein Gebäude aufführt, der andere dasselbe vi et clam niederreisst; den uns wohlbekannten Fall

»si tibi injuriam intuli dicens te esse latronem, et tu e converso pariter me dixisti latronem«;

denjenigen, dass in einem Zivilprozess beide Parteien sich zur Erweisung ihrer Behauptungen unechter Urkunden bedienen, u. s. w. — als ob allen diesen Fällen eine innere Verwandtschaft zukäme!

Bei Sebastianus Medices⁴⁸⁾ begegnet, schon äusserlich in der Disposition ausgedrückt, eine erfreuliche Trennung der Sätze über Deliktskompensation von denjenigen über Doluskompensation — aber freilich ohne recht durchgeführt zu sein und deshalb ohne ein befriedigendes Resultat. Deliktskompensation soll der Regel nach statt haben, doch nicht, quando criminaliter agitur, quo casu ambo puniuntur

⁴⁴⁾ Tract. criminalis, lib. 3 cap. 33, n. 15.

⁴⁵⁾ l. c. n. 5 al. 2; n. 6.

⁴⁶⁾ n. 1. 3 l. c.

⁴⁷⁾ n. 14 l. c. — Die übrigen Limitationen und Sublimitationen sind für die pönale Kompensation bedeutungslos, weil sie für diese nicht passen.

⁴⁸⁾ Tractatus de compensationibus, P. I qu. 34. 37. 48.

propter poenam, quae applicatur fisco.⁴⁹⁾ Umständlicher wird über die Doluskompensation gehandelt. Hier soll es darauf ankommen, ob »pro puniendo dolum vel culpam agitur criminaliter«, oder aber »civiliter« ex dolo geklagt wird. Der erste Fall ist nun nach unbefangener Anschauung doch zweifellos ein Gegenüberstehen von Delikt und Delikt, da kriminell strafbarer dolus oder kriminell strafbare culpa eben nichts Anderes sind als Delikte. Aber das scheint Sebastianus Medices, trotzdem er mehrfach auch hier ganz anstandslos von »delicta« und »crimina« spricht, ganz zu verkennen, denn sonst müssten seine Ausführungen über die kriminelle Bedeutung der Doluskompensation doch mit seiner in qu. 34 ausgesprochenen Ansicht übereinkommen, also dahin gehen, dass beide Teile ihre Strafe unverkürzt erleiden. Statt dessen wird jene erste Ansicht gar nicht mehr berührt, und vielmehr unter Hereinziehung der römischen prozessualen Sätze eine ganz abweichende Theorie aufgestellt: Ist das delictum accusatoris et accusati idem, dann repellitur accusator; anderenfalls ist weiter zu unterscheiden der Fall, dass das vom Beklagten dem Kläger schuldgegebene Delikt in modum exceptionis, von dem, dass es in modum accusationis geltend gemacht wird; eine exceptio criminis nämlich wird nur vor der Nominisreception zugelassen; für die Accusation dagegen ist massgebend die Grösse der beiderseitigen Delikte und damit in Verbindung gleichfalls der Zeitpunkt der nominis receptio.⁵⁰⁾ — Bei der zivilen Doluskompensation greifen keine Einschränkungen Platz; sie hat also Statt, gleichviel ob circa idem oder circa diversa reperiatur dolus.⁵¹⁾

Fehlt schon insoweit der Darstellung Sebastians von Medici die Einheitlichkeit, so muss vollends überraschen die quaestio 48, wo der Autor wieder als von etwas ganz Anderem und ohne ersichtliche Bezugnahme auf seine Ausführungen über Delikts- und Doluskompensation ganz unbefangen die Frage abhandelt,

utrum compensatio habeat locum in actione injuriarum
reciprocarum.

⁴⁹⁾ qu. 34 n. 2—3; in n. 4 daselbst wird bemerkt, dass keine Kompensation eintreten soll, wenn der eine Teil von dem Delikt freigesprochen worden; n. 5 enthält einige hier nicht interessierende »Ampliationen«.

⁵⁰⁾ qu. 37 n. 1—4 l. c.

⁵¹⁾ qu. 37 n. 5 sqq. l. c.

Die Antwort lautet bejahend, indess mit Ausnahmen: Kompensation soll nämlich einmal dann unstatthaft sein, wenn es sich um Verbalinjurien handelt; hier quilibet agit pro sua, während bei Realinjurien (z. B. adulterium!) kompensiert wird; sodann aber ist Aufrechnung rücksichtlich krimineller Ahndung der Injurien stets ausgeschlossen.⁵²⁾

Wie das Vorstehende zur Genüge ergiebt, lassen die Ausführungen von Sebastianus Medices an Tiefe und verständnisvoller Klarheit viel zu wünschen übrig.

Viel schlüssiger sind die Ausführungen von Fulvius Pacianus.⁵³⁾ In Ansehung der kriminellen Folgen der Delikte soll nach ihm ad evitandam poenam, quando agitur de poena applicanda fisco, Kompensation stets und durchaus unanwendbar sein;⁵⁴⁾ ad excludendam personam ab accusando soll sie zugelassen sein, wenn sie vor der Litiscontestatio, d. h. vor der receptio nominis accusati inter reos, vorgebracht werde, wofern nur

»idem sit delictum accusatoris et accusati, aut saltem sit connexum, ut est adulterium et lenocinium.«⁵⁵⁾

In civilrechtlicher Hinsicht sollen die Delikte einander aufheben einmal, wenn sie circa idem, gleichviel ob eodem oder diverso tempore commissa, ferner auch, wenn sie zwar circa diversa commissa sind, aber tendunt ad eundem effectum.⁵⁶⁾

Spezielles bestimmt Pacianus für den Fall, dass nicht erhelle, utrius culpa vel dolus fuerit prior: hier soll rücksichtlich der Privatstrafen, nicht aber der öffentlichen Strafen, Aufrechnung statthaben;⁵⁷⁾ — und sodann für den Fall der Injurienretorsion,

»ut puta, ego vocavi te latronem, si tu vice versa me proditorem dixeris«:

erhelle in diesem Falle nicht, wer primus ad injuriandum fuit, so trete respectu actionis injuriarum propositae ad poenam civilem consequendam für keine der Parteien, respectu fisci dagegen für beide Teile Strafe ein;⁵⁸⁾ sei hingegen aufgeklärt, wer der erste Angreifer, wer der zweite

⁵²⁾ qu. 48 n. 1—5.

⁵³⁾ l. c. lib. 1 cap. 59 n. 2 sqq.

⁵⁴⁾ n. 55 l. c.

⁵⁵⁾ n. 57. 58. l. c.

⁵⁶⁾ n. 2. 30. 37 l. c.

⁵⁷⁾ n. 40—43 l. c.

⁵⁸⁾ n. 45 l. c.

Injuriant gewesen, so verfalle der Bestrafung nicht der Zweite, da bezw. wofern er sich in den Schranken erlaubter Verteidigung gehalten, wohl aber der Erste *tamquam procurator*.⁵⁹⁾

Flaminius de Rubeis beschränkt sich auf den kurzen Ausspruch, dass nicht nur, wenn die Ehefrau *ad dotem* klagt und

»*vir heredesve ejus de adulterio excipiant, replicare uxor poterit de viri lenocinio, vel etiam si vir criminaliter agat in uxorem ad poenam, poterit illa similiter de lenocinio excipere, quia . . . paria delicta mutua compensatione tolluntur.*«⁶⁰⁾

Farinacius endlich⁶¹⁾ führt, besonders die Ansicht von Jacobus de Bello Visu bekämpfend, aus: Compensation in krimineller Hinsicht sei ganz ausgeschlossen;⁶²⁾ bei Verfolgung im Wege der civilen Klage dann statthaft, wenn die *delicta circa idem commissa* oder mindestens, wenngleich *circa diversa commissa* sind, so doch *ad eundem rei finem tendunt*.⁶³⁾⁶⁴⁾ Für gegenseitige Injurien macht Farinacius, sich an Decianus anschliessend, die folgerechte Anwendung, dass bei ihnen, weil sie *diversa* betreffen, Compensation nicht Platz greift.⁶⁵⁾

So bietet die Lehre der italienischen Rechtswissenschaft, wie sie auf den vorstehenden Seiten auseinandergelegt wurde, vielfach das Bild einer noch nicht ganz abgeklärten Masse, in der die Elemente sich noch nicht zu einem harmonischen Ganzen verbunden haben. Aber gerade wegen dieser ihrer Unvollkommenheit gab sie der nachfolgenden deutschen Wissenschaft reiche Anregung, insofern sie derselben die Aufgabe hinterliess, sich durch die mannigfachen verschiedenen Gedanken, an welche man anknüpfen konnte, zur Klarheit durchzuringen. Die Anfänge der Retorsions- und Kompensationslehre waren gegeben, es galt nur, sie fortzuentwickeln.

⁵⁹⁾ n. 46—51 l. c.

⁶⁰⁾ *Tractatus de adulteriis*, cap. 13 n. 1.

⁶¹⁾ *Fragmenta criminalia*, p. I, litt. D. argum. »*Delicta paria, quando mutua compensatione tollantur*«, n. 110 sqq.

⁶²⁾ n. 139 l. c.

⁶³⁾ n. 112 sqq. l. c.

⁶⁴⁾ Vgl. noch Giacharius zu Clarus, § *Injuria*, n. 67.

⁶⁵⁾ n. 128 l. c.

VIERTES KAPITEL.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft in Deutschland.

§ 13.

Vorbemerkungen.

Über den Standpunkt der italienischen Rechtswissenschaft hinaus konnte die ihr nachfolgende deutsche Wissenschaft nur derart fortschreiten, dass sie sich der Mühe unterzog, die verschiedenen Gedanken zu Ende zu denken, die Halbheiten und Widersprüche zu beseitigen und folgerechte, logisch zusammenstimmende Sätze zu bilden.

Die deutsche Jurisprudenz hat sich der Lösung dieser Aufgabe angenommen. In ihren Anfängen freilich noch nicht! Zunächst hielt die italienische Litteratur als Autorität ihren Einzug in Deutschland, und gläubig nahm man hier, wie bekannt, Alles an, was jenseit der Alpen geschrieben worden war. So schrieben die Juristen Deutschlands zunächst auch dasjenige einfach ab, was in den Schriften der Italiener über Retorsion und Kompensation zu finden war. Dabei erfreuten sich der Spekulator, Bartolus, Baldus, Panormitanus, Alexander Tartagnus, Jason Maynus und später Julius Clarus besonderen Ansehens. Waren die Italiener über eine Frage unter einander uneins, so referierte man diese Kontroverse getreulich, ohne sich zu vermessen, dieselbe kritisch prüfen und entscheiden zu wollen¹⁾. Widersprüche blieben unaufgeklärt. Handelte es sich ja zuvörderst für Deutschland noch darum, das römisch-italienische Recht selbst zu lernen.

Aber als Deutschlands Juristen begannen, sich über Rechtsfragen eigene Meinungen zu bilden, haben sie auch über Retorsion und Kompensation nachgedacht und, wenngleich immer noch in starker Abhängigkeit von den Italienern, an unserer Lehre weitergebaut. So verbreiteten sich über sie Diejenigen, welche, wie z. B. Johannes Schneidewin († 1568), die Institutionen kommentierten; und Diejenigen, welche, wie Martinus Uranius Prenninger († 1550), *Lecturae* zu den kanonischen Rechtsquellen verfassten. In den mehr und mehr üblich werdenden „Disputationen“ und sich anschliessenden Schriften fehlt die Retorsion selten; hervorzuheben sind die Disputationen von

¹⁾ Recht anschaulich tritt dies bei Johannes von Eberhausen († 1484) in dessen *Lectura zu Urbachs (Aurbachs) Processus juris*, Lips. 1512, fol. 127, margin. »Injuriarum compensatio« und »Dicens verum« in die Erscheinung.

Theodor Petreus, Heinrich Bocer, H. U. Hunnius, Paul Berens, Ilico Umnius, sowie die Notae, die Reiner Bachovius zu Treutlers Disputationen schrieb. Als demnächst sich die systematische Art der Darstellung Bahn brach, erhielt auch hier die Retorsion ihren Platz; namentlich beschäftigten sich Johannes Harpprecht, Gilhausen und die grossen sächsischen Juristen Berlich und Bened. Carpzov mit ihr. Der berühmte Feudist Ludolf Schrader unterzog die Retorsion einer eingehenden Besprechung in seinem Tractatus feudalis gelegentlich der Erörterung darüber, inwieweit Injurien gegen den Lehnsherrn dem Vasallen Verlustigung des Lehns zuziehen. Gerade diesem Autor lässt sich freilich nicht nachrühmen, dass er die Lehre gefördert hätte. Er zeigt sich in unseren Fragen vielmehr als ein kritikloser Kompilator und lässt sich direkte Widersprüche zu schulden kommen. Nicht nur, dass die Ansichten, die er in seinen verschiedenen Schriften — er bespricht Retorsion und Compensation ausser im Tractatus feudalis noch in Consilien sowie in seinem Institutionenkommentar — entwickelt, mit einander nicht harmonieren: nicht einmal innerhalb einer und derselben Ausführung waltet volle Einheitlichkeit ob: die Ansicht, die er eingangs vertreten, verwirft er weiterhin, ohne etwa zwischen entgegengesetzten Meinungen vermitteln zu wollen. Dies gilt namentlich von einem Consilium des Autors, das in der Kirchhoffschen Consiliensammlung abgedruckt ist und dessen unten seines Orts Erwähnung gethan werden wird. Überhaupt ist bei manchen der zeitgenössischen Consilien und Consiliensammlungen — in denen, wie von M. Uranius Prenninger, Modestinus Pistoris, Ernst Cothmann, Matth. Wesenbeck, häufig der Retorsion und Compensation gedacht wird, — der Mangel der Einheitlichkeit zu rügen. Es zeigt sich leider bei der konsiliatorischen Thätigkeit der Juristen ein gewisser Mangel an Gesinnungstüchtigkeit. Je nachdem, von wem und für wen die Consilien erbeten waren, fielen die Gutachten im Ergebnisse verschieden aus. Wie Rennemann²⁾ mittheilt, pflegte man zu seiner Zeit zu sagen:

quod opiniones Doctorum in Consiliis suspectae sint admodum,
cum in gratiam Clientum vela modo extendantur, modo
contrahantur —

ein Fehler, von dem selbst Juristen wie Wesenbeck nicht freizusprechen sind. In ihrer knäpperen Sprache behandeln unseren Gegenstand

²⁾ De jure retortionis, p. 3, th. 42, nota b.

die an die Praxis der Gerichte sich anschliessenden »Observationes«, »Quaestiones« u. s. w., so die von Bernhard Wurmser, Mynsinger, Gaill, Jacob. Schultes, Finkelthaus. Weiter erfuhr die Retorsion, minder die Kompensation, Behandlung in den Einzelschriften über Injurien und Pasquille (so Gilhausen, Bocer), über Notwehr (Obrecht, Kremberg u. s. w.), über Selbsthilfe (G. A. Struvius). Seit der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts endlich sind Monographien über die Retorsion zu verzeichnen; im Vordergrund derselben steht Henning Rennemann, *De jure retortionis* 1630.

Einer der Ersten, der die italienische Litteratur gründlich studiert und — wenngleich noch in grosser Abhängigkeit von ihr — zusammenhängend verarbeitet hat, ist Bernhard Wurmser. In tüchtiger Weise sichtete Jacob. Schultes (1571—1629) in seinen *Additiones* zu den *Quaestiones* von Modestinus Pistoris das überkommene Material, behandelte Retorsion und Kompensation im Zusammenhange und lieferte, wenngleich auch er neue selbständige Gesichtspunkte nicht aufstellte, eine durchdachte, von Widersprüchen freie Darstellung unter ausgiebiger Benutzung der italienischen Schriften. Die erste grössere eingehende Darstellung unserer Lehren aber gab Johannes Harpprecht in seinem *Tractatus criminalis*. Derselbe geht auch sorgfältig auf Fragen ein, die vor ihm noch nicht behandelt worden waren. Seine Ausführungen wurden für später grundlegend.

Die angeführten Namen sollen nur zeigen, dass schon in der ersten Zeit die Retorsion und Kompensation vielfache und vielseitige Beachtung genossen. Nicht der Hervorhebung bedarf, dass weiterhin die mehr und mehr üblich werdenden Systeme des Strafrechts zu diesen Rechtsinstituten Stellung nahmen. Aber ausser den Kriminalisten befassten sich mit ihnen auch hergebrachtermassen die Pandektisten in ihren sich an die Legalordnung anlehnenden Kommentaren sowohl, wie auch in ihren freien Darstellungen. Um 1700 wurde die Retorsion ein beliebtes Thema für Spezialabhandlungen, die indessen meist wenig Beachtung fanden.

Die Anlehnung der deutschen Wissenschaft an die gleichzeitige ausserdeutsche römisch-rechtliche Jurisprudenz — von der italienischen natürlich abgesehen — ist in Ansehung der Retorsion und Kompensation nicht bedeutend gewesen. Insbesondere haben die französischen Juristen, obwohl sie nicht selten citiert werden, einen massgebenden Einfluss doch nur in einem Punkte geübt.³⁾ Auch von

³⁾ Siehe unten S. 108—109.

den Niederländern lässt sich nicht sagen, dass sich die deutsche Jurisprudenz in unseren Fragen von ihnen hätte leiten lassen.⁴⁾

Die deutschgemeinrechtliche Gesetzgebung hat über Retorsion und Compensation keine Bestimmungen getroffen; so insbesondere nicht die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. Sich selbst überlassen arbeitete so die deutsche Wissenschaft daran, die italienischen Fäden zu entwirren. Bei diesem Bemühen war sie zwar nicht sofort glücklich darin, einwandfrei zu deduzieren; immerhin aber gelangte sie bald zu praktisch brauchbaren Resultaten. War ja doch die Litteratur teils die Frucht der Rechtsprechung, teils umgekehrt die Theorie dazu berufen, sich in Gestalt der Consilien, Responsen u. s. w. unmittelbar in Praxis umzusetzen. Die Rechtsanwendung aber ist der Prüfstein für die Tauglichkeit des juristischen Handwerkszeugs, das die Wissenschaft dazu liefert; und sie nötigt die Theorie zur thunlichsten Individualisierung der Sätze und Beseitigung aller Unbestimmtheit. Dies erweist sich auch hier. Die Rechtssätze über Retorsion und Compensation gewinnen unter den Händen der deutschen Rechtswissenschaft greifbare Gestalt.

In der Entwicklung der Lehre über Retorsion lassen sich drei Perioden unterscheiden.

Die erste Periode, bis in die ersten Jahre des 17. Jahrhunderts reichend, kennzeichnet sich dadurch, dass während ihrer Dauer die Berechtigung des Beleidigten zur Anwendung der Retorsion nicht bezweifelt wird, und nur über deren Ausgestaltung verschiedene Ansichten obwalten.

In der zweiten Periode, welche das 17. Jahrhundert und den grössten Teil des 18. umfasst, hat sich das *jus retorsionis* gegen Angriffe auf seinen Rechtsbestand zu verteidigen.

Die dritte Periode endlich steht fast ausschliesslich unter dem Zeichen des Kompensationsgedankens. Bisher hatte die Retorsion durchaus im Vordergrund, die Compensation nur abseits gestanden. Jetzt sinkt jene fast zur blossen Voraussetzung für die Kompensabilität herab. Dem *jus retorsionis* wird mehr und mehr die Anerkennung versagt.

⁴⁾ Nicolaus Everardus a Middelburgo, Damhouder und Ant. Matthaeus werden von den deutschen Juristen zuweilen allegiert. Ihre Ansichten in einem besonderen Abschnitt darzustellen, wäre aber nicht angezeigt, da sie nicht hervorgetreten, nicht führend geworden sind. Wir ziehen deshalb im Folgenden die Niederländer in die allgemeine Darstellung hinein.

A. ERSTE PERIODE.

I. Retorsio licita.

§ 14.

1. Rechtsgrund des Retorsionsrechts.

Wie die Italiener weit entfernt davon waren, Rechtssätze aus eigener Machtvollkommenheit schaffen zu wollen, als sie ein Retorsionsrecht gegen Verbalinjurien ausbildeten, vielmehr Jeden, der an dem positiven Bestande ihrer Lehre zu zweifeln gewagt hätte, auf l. 3 D. de j. et j. 1,1, l. 25 D. de procur. et defens. 3,3 und l. 14 (13) § 6 D. de bon. libert. 38,2 als die unerschütterliche Grundlage ihrer Sätze hingewiesen haben würden, so übernahmen auch die Fortsetzer ihrer Lehre den Glauben, dass das geschriebene römische Recht selbst in den angeführten Quellenstellen ein jus retorquendi statuere. Wohl wurde bisweilen die eine oder andere Quellenstelle aus der Reihe der Argumente gestrichen¹⁾; dabei ging aber die Überzeugung von der Quellenmässigkeit des Retorsionsrechts überhaupt nicht verloren. Heinrich Bocer liess nur der allgemeinen Anschauung Ausdruck, wenn er aussprach:

»Pandectarum jure permissum est injuria affectis retorquere et regerere injuriam in obrectatorem.«²⁾

Indessen musste immerhin auffallen, dass im Grunde genommen die Retorsionshandlung an sich eine Injurie war, insbesondere auch das den Angelpunkt bildende »*tu mentiris*« im Gegensatz zu den zahmen Redewendungen »*non est ita, non dicis verum, viam veritatis ignoras, falsum est*« etc. injuriösen Charakter hatte, weil es ja dem Gegner eine wissentliche Unwahrheit zur Last legte, die Behauptung in sich schloss,

¹⁾ So erörtert Joh. Harpprecht, Tractatus criminalis, § Injuria autem 1 J. de injur. 4,4, n. 95 ganz richtig, dass die l. 14 (13) § 6 D. 38,2 für den Nachweis des Retorsionsrechts unanwendbar sei; freilich wird er an anderer Stelle — § Haec actio 12 J. de injur. 4,4, n. 92 — sich selbst untreu. Bezüglich der l. Ut vim (3) D. de just. et jure führt Georg Obrecht, Tractatus de necessaria defensione, cap. 2 n. 8, zutreffend aus, dass dieselbe sich nur auf Abwehr von Thätlichkeiten beziehe.

²⁾ Bocer, Comment. in l. un. C. De famosis libellis, cap. 3, n. 62. — Ausser auf die Pandekten berief man sich zum Belege der Retorsion bisweilen auf die divina auctoritas, auf Bibelstellen, so Paul Berens, Dissertationes ad Institutiones, disp. 14 th. 2 qu. 5, III; Valent. Arithmaeus, Pericula tertia, h. e. Disceptationes academicae tertium susceptae, disp. 4, assert. 2, nota c.

scienter eum falsum dicere.³⁾ War es aber regelmässig verboten, andere zu injuriieren, wie kam die Rechtsordnung dazu, zu erlauben, einem anderen retorquendo injuriam dicere? Weshalb meinte man, dass die retorsio »non sit injuria«?⁴⁾ Weshalb war Retorsion »legitima, legibus permissa et approbata?«

I. Hier half man gleich den Italienern in erster Linie mit dem Defensionsgedanken. Wohl setzte man die defensio in scharfen Gegensatz zur ultio, vindicta, Rache;⁵⁾ wohl blieb anerkannter Grundsatz, dass letztere unerlaubt sei.⁶⁾ Allein die Retorsion, sagte man, ist gar keine vindicta. Vorgenommen animo se purgandi ab injuria sibi illata, honoris conservandi gratia, ad elidendam et repellendam injuriam illatam, ad dilutionem injuriae, ad existimationem tuendam, ad innocentiam ostendendam et asserendam, ist sie durchaus nur eine defensio famae, honoris, existimationis, innocentiae, — ja stellenweise wird sie sogar nicht bloss als eine species defensionis behandelt, sondern mit der Defension gegen Verbalinjurien geradezu identifiziert.⁷⁾ Durch seinen Angriff conatur adversarius existimationem meam laedere; lasse ich diesen

³⁾ Die Injuriösität des nicht retorsionsweise ausgesprochenen »tu mentiris« gegensätzlich gegen das einfache Leugnen der Richtigkeit einer Thatsache ward häufig betont und war ausser allem Streit. Vgl. Matth. Coler, *Practica et processus execut.*, P. I, cap. 8, addit. 37 (t); M. Uranius Prenninger, *Consilia*, Tom. I, cons. 114, n. 6, 9; Matth. Wesenbeck, *Comment. in Pand.*, ad t. D. de injur. 47,10, n. 8; Schneidewin, *Comment. in Instit.*, ad t. J. de injur. 4,4, § Injuria 1, n. 8, 10; Gaill, *Pract. observation.*, lib. 2, obs. 100, n. 3, obs. 101, n. 1; Vigelius, *Methodus jur. contr.*, lib. 5, cap. 10, reg. 66; Theod. Petreus, *Thesaur. contr. concl. crimin.*, concl. 60, nota b.; Bocér, *Disputat.*, class. IV, disp. 4, th. 30, 32; Jac. Schultes, *Addition. ad Mod. Pistoris quaestiones*, p. III, qu. 127, n. 23, 66; Gilhausen, *Comment. ad t. D. 47,10 De injur. et famos. lib.*, § 5 n. 196 bis 198; Idem, *Arbor judic. criminal.*, cap. 2, tit. 34, n. 131; Joh. Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 69 bis 76; § Haec actio (12) eod., n. 102; Georg Obrecht, l. c., cap. 2, n. 21; Wehner, *Pract. observation.*, Stichwort „Liegen, Lügen“.

⁴⁾ Schwanmann, *Pract. observation.*, obs. 164, n. 6.

⁵⁾ Siehe bes. Schneidewin, l. c., ad t. J. de injur. 4,4, § Injuria, n. 12; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 10.

⁶⁾ Siehe bes. M. Uranius Prenninger, *Lecturae ad Decretales*, ad cap. Dilecti X. de except. 2,25, n. 23, 27, 28. Nur die Ahndung eines erlittenen Unrechts in judicio, im Wege des Prozesses, wird als statthafte Rache bezeichnet; in solchem Sinne nahm man das quellenmässige »Ignoscendum est ei, si provocatus voluit se ulcisci«; Prenninger, *Consilia*, Tom. I, cons. 14, n. 31.

⁷⁾ So Bocér, *Disputat.*, cl. IV, disp. 4, th. 44, 45.

Angriff ruhig über mich ergehen, dann — aber auch dann erst — ist die injuria vollendet, dann ist es um meine existimatio geschehen: existimatio laesa est; denn dadurch erwecke ich den Anschein, als räumte ich den Vorwurf als richtig ein.⁸⁾ Das soll die Retorsion verhüten: wer palam testatur, se innocentem esse, der wahrt damit seine Ehre, die in Gefahr war, ihm entrissen zu werden:⁹⁾ depellitur contumelia, conservatur existimatio. Solche Defension aber ist erlaubt. Denn sowie zum Schutze des Lebens und der Körperintegrität Notwehr zugelassen ist (*tutela corporis*), ebensosehr darf man auch gegen injuriöse Angriffe auf die Ehre sich verteidigen (*tutela honoris s. famae*), weil vita et fama pari passu ambulante, ja sogar gravior censetur honoris et famae amissio, quam vel oculorum vel omnium bonorum amissio. Mithin gleichwie vim vi repellere omni jure permissum est, ita injuriam injuria repellere s. retorquere.

Im Schosse des Reichskammergerichts hatten sich allerdings, wie Mynsinger erzählt,¹⁰⁾ Zweifel darüber erhoben, numquid pro simplici defensione honoris et famae permissum esset verbalem injuriam saltem verbis propulsare et repellere (in einer Injuriensache des Sebastian Vogelsperger wider den Grafen Wilhelm von Fürstenberg); aber quamvis in ejus decisione — berichtet unser Gewährsmann weiter — non levis esset concertatio, tamen crebrius in eam sententiam itum est, quod liceat provocato ad honoris sui defensionem verbalem injuriam verbis retundere. Und dies war sonst indubitati juris, ein ganz Streitlos anerkannter Satz,¹¹⁾ an dem auch das Reichskammergericht fortan festhielt.¹²⁾

⁸⁾ Cothmann, Responsa, Vol. II, resp. 59, n. 147; Obrecht, l. c., cap. 9, n. 12.

⁹⁾ Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 4, n. 97; Obrecht, eod. l.

¹⁰⁾ Singul. observ., cent. 5, obs. 17.

¹¹⁾ Vgl. M. Uranius Prenninger, Lecturae, ad cap. Dilecti X. de except. 2, 25, n. 21; Wurmser, Pract. observation., lib. 47, tit. 15, n. 6; Wesenbeck, Comment., ad t. D. de injur. 47, 10, n. 8; Schneidewin, l. c., ad t. J. de injur. 4, 4, n. 12; Gaill, l. c., lib. 2, obs. 100, n. 3, 4, 9, obs. 161, n. 4; Vigelius, l. c., lib. 5, cap. 10, exceptio tertia (hinter reg. 73); Althusius, Jurisprud. Rom., lib. 1, cap. 53; Leop. Hakelmann, Illustrior. et selectior. quaestiones, disp. 23, th. 17, nota a.; Ludolf Schrader, Tract. feudalis, Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 114; Goeddaeus, Theses s. disputation. jur., p. 3, disp. 14, th. 4; Dan. Nebel, Themata dubia, disp. 30, th. 2, nota b.; Cothmann, l. c., Vol. II, resp. 59, n. 107 sqq., Vol. V, resp. 47, n. 2; Bocser, Disp., cl. IV, disp. 4, th. 45; cl. V, disp. 1, th. 33; Dan. Moller, Ordination. et constitution. illustr. princ. Augusti, p. 4, const. 42, n. 37; Jacob Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 26 sqq.; Gilhausen, De injur., § 5, n. 210 verbunden mit n. 211, 212 bis 214. Idem, Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 136, Sexto;

»Retorsio est legitima injuriae verbalis in ipsummet injuriantem propulsatio honoris tuendi causa, in continenti propria auctoritate facta« —

wurde die herkömmliche Definition der Retorsion oder, wie man deutsch sagte, „abgedrungenen Ehrenrettung“.

Dabei sollte in dubio die Präsumption gelten, dass Einer, der verbis injuriosis provoziert worden, non ad vindictam, sed ad defensionem erwidert habe.¹³⁾

Obwohl nun über den Notwehrcharakter der Retorsion eine solche Einhelligkeit der Ansichten herrschte, dass in dieser ersten Periode auch nicht eine Stimme sich dagegen erklärt hätte, so konnte doch besseren Köpfen nicht verborgen bleiben, dass die Retorsion mancherlei Merkmale aufwies, die zur Verteidigung nicht recht stimmen wollten. So ist Johannes Harpprecht nachzurühmen, dass er diesen Zwiespalt gesehen und es sich gewissenhaft hat angelegen sein lassen, ein schlüssiges Ergebnis zu gewinnen. Er machte sich selbst den Einwand: Notwehr ist doch nur ad injuriam nondum acceptam sive futuram repellendam erlaubt; muss man aber von dem Retorquenten nicht sagen, dass er in Wahrheit non injuriam imminensem propulsat, sed potius illatam ulciscitur et vindicat, weil ja eine verbalis injuria eo ipso momento, quo effunditur, perfecta est? Allein daraus die Konsequenz zu ziehen, dass man das jus retorsionis fallen lassen müsse, — das ging nicht an; liessen doch (vermeintlich) die Quellen selbst die Retorsion zu! So griff Harpprecht zu folgendem Auskunftsmittel: Die Retorsion, sagte er, richtet sich nicht

Halbritter (respond. Laurent. Freytagk), Theoria et praxis legis Ut vim (3) ff. de just. et jure, th. 14; Joh. Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 90 sqq., n. 107, 121. 125; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 11 sqq.; Lud. Schrader in den Consilia s. responsa coll. a Kirchovio (Francof. 1605), Vol. I, cons. 40, n. 14 sqq., 62 sqq.; Idem, Comment. ad rationem libri primi Institutionum, tit. 2, in § Jus autem gentium, n. 51 sqq.; Arumaeus, Exercitation. Justin., exerc. 17, th. 17; Idem, Decisiones, lib. 2, dec. 13, n. 50 bis 54, 69; H. U. Hunnius, Colleg. Institut., disp. 17, th. 32; Paul Berens, l. c., disp. 14. th. 2, qu. 5, II, qu. 6; Valentin Arithmaeus, l. c., disp. 4, assert. 2, nota c.

¹²⁾ Dies zeigt eine von Meichsner in seinen Decisiones diversar. causarum in Camera Imperiali judicatarum, lib. 1, dec. 29 mit sämtlichen erstatteten Voten mitgeteilte reichskammergerichtliche Entscheidung vom 30. Mai 1575; vgl. namentlich das Votum des Referenten, das 3., 4., 6. und 8. Votum, n. 12, 18, 19.

¹³⁾ Lud. Schrader, Tract. feud., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 120; Idem bei Kirchoff, Consilia, Vol. I, cons. 40, n. 27, 28; Jac. Schultes, l. c., n. 31.

bloss gegen die *injuria praeterita*, sed *futuram etiam injuriam respicit*. Denn wer injuriert, von dem ist zu gewärtigen, dass er noch weitere Schmähungen ausstösst. Die Retorsion aber ist das Mittel, durch welches man diese befürchteten weiteren Injurien von sich abwendet. Denn die Wendung „du lügst“, dem Beleidiger ins Gesicht geschleudert, wird entweder die heilsame Folge haben, dass sich der Beleidiger dadurch veranlasst sieht, von weiteren Beleidigungen Abstand zu nehmen; oder aber, wenn sie diese Wirkung nicht hat, so schwächt sie doch immerhin die »auctoritas« der seitens des ersten Angreifers weiter ausgesprochenen *verba injuriosa* ab. Harpprecht fühlte jedoch heraus, dass er damit die Schwierigkeit nicht gelöst hatte, sondern ihr nur aus dem Wege gegangen war; denn noch blieb ja das *jus retorsionis* unerklärt in den Fällen, in denen feststand und dem Retorquenten zweifellos gewesen war, dass der erste Injuriant sich mit seinem ausgesprochenen Vorwurf hatte begnügen wollen und nicht daran gedacht hatte, seine Schmähreden fortzusetzen. Deshalb ging Harpprecht einen Schritt weiter. Die Notwehr gegen Injurien, deducierte er, ist eine andere, als die gegen körperliche Angriffe. Denn bei der Verbalinjurie erschöpft sich der Angriff nicht mit dem Aussprechen des injuriösen Wortes. Er dauert vielmehr darüber hinaus fort; auch nach dem Beleidigungsakte selbst noch *gravatur opinio et existimatio injuriati* in dies *apud viros bonos et honestos* solange, bis sich der Beleidigte von dem Verdachte gereinigt hat. Also die Injurie entwickelt auch noch nach dem Aussprechen der Verdächtigung ihre verderblichen Wirkungen, und gegen diese Wirkungen ist es dem Beleidigten unbenommen, sein ganzes Thun aufzubieten, um sich dagegen zu wehren.¹⁴⁾

Letztere Deduktion findet sich noch charakteristischer ausgeprägt bei Georg Obrecht, der sich gleichfalls bemüht, den Defensionalcharakter der Retorsion zu rechtfertigen.¹⁵⁾

Ausgehend von dem Falle, das Maevius den Sempronius einen *proditor* genannt hat, und dieser *sui defendendi causa hanc injuriam retorquendo et recriminando repulit et Maevium vicissim proditorem vocavit*, wirft Obrecht die Frage auf, ob *Sempronii retorsio jure probetur*? Scheinbar, fährt er fort, sei sie unstatthaft, *quia privata vindicta est prohibita; nam tueri quis se potest, non autem ulcisci*. At

¹⁴⁾ Joh. Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 98.

¹⁵⁾ Obrecht, l. c., cap. 2, n. 9—14; er wird von Paul Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 6, III, ausgeschrieben.

Sempronius recriminando non potuit se tueri vel injuriam factam repellere, quia prior injuria, quam primum facta fuit, statim ipsius existimationem ita laesit et tam altum illi vulnus inflixit, ut verbis iterum removeri aut abigi vix potuerit. Ergo se ultus est, et nova injuria vindictae cupiditate primum affecit. Aber diese Meinung würde dennoch unrichtig sein. Denn nicht schon mit dem Aussprechen der injuriösen Äusserung sei der Ehre des Beleidigten ein Makel derart aufgedrückt, ut removeri nequeat. Noch sei es für den Injuriaten an der Zeit, die Ehrverletzung zu verhüten. Eile er damit, sich gegen den Angriff zu verwahren, so könne er noch verhüten, dass die injuria »radices agat«. Deswegen sei die Retorsion mit Fug zur Verteidigung zu ziehen.

So blieb während der ersten Periode die Notwehreigenschaft der Retorsion unangezweifelt. Aber der Rückfall in die Auffassung, dass dieselbe trotz alledem in Wahrheit Rache sei, konnte nicht ausbleiben. Dies erkennend und doch den Verteidigungscharakter der Retorsion nicht opfernd, mussten die Juristen sohin gleich den Italienern bei dem Zwitterbegriff der defensiven Rache anlangen. So formulierte Ulr. Zasius:

»Vindictae causa retorquere possum in alium etiam contumelias, dum sit justa defensio.«¹⁶⁾

Bezeichnend ferner ist die Darstellung von Cothmann in dessen Responsa, Vol. II, resp. 59. Nachdem derselbe dort in n. 107 sqq. die Retorsion als eine Art der Defension besprochen und dabei den Gedanken, als sei sie ultio, weit von sich gewiesen hat, — wie er auch an anderen Stellen¹⁷⁾ betont, retorquitionem non continere vindictam, — wirft er von n. 138 das. ab auf einmal um: Zwei Arten vindicta gebe es; die eine sei die illicita, nämlich das crimen ultionis, die andere sei die tadelfreie ultio (extra crimen), quae legum auctoritate fit, und diese licita vindicta, welche eine species defensionis sei, geschehe einmal durch Anrufung des Richters, sodann aber durch Retorsion. Also vindicta per defensionem!

Als charakteristisch sei weiter Bocer herausgegriffen. Die vindictio impositae injuriae, wozu die Retorsion gehörig, besteht nach ihm darin, dass wir injuriam nobis impositam propulsamus et contra eam nos defendimus.¹⁸⁾ Endlich nach Joh. Harpprecht ist zwar einerseits die

¹⁶⁾ Paratitla ad Dig. vet., ad tit. De procuratoribus, punct. ult., vers. Nota septimo.

¹⁷⁾ Vol. II, resp. 59, n. 205, vol. III, resp. 4, n. 101.

¹⁸⁾ Disputat., class. IV, disp. 4, th. 44 sqq.; De famos. lib., cap. 3, n. 51, 52.

Retorsion quaedam defensionis species;¹⁹⁾ aber andererseits ist ihm der Retorquent doch auch ipse sibi iudex et ultor injuria.²⁰⁾²¹⁾

War so die Theorie doch wieder dazu gelangt, die Retorsion für eine Art der vindicta zu erklären, so musste sich ihr auch die Wahrnehmung aufdrängen, dass alsdann die Retorsion mit der civilen wie kriminellen Klage wegen Injurien eine gewisse Verwandtschaft aufwies: das Retorsionsrecht und das Klagerecht waren beide Rechtsbehelfe, remedia, gewährleistet durch die Rechtsordnung behufs Ahndung der erlittenen Injurie — ad injuria vindicationem. Und da man sich auch nicht scheute, der Klage einen Abwehrzweck unterzulegen — der Beleidigte wolle, meinte man, durch den Prozess »se purgare a convicio« — so konnte man auch sagen, dass Retorsion und Beschreitung des Klageweges defensive Rechtsbehelfe seien, remedia ad propulsandam injuriam. Jeder der beiden Rechtsbehelfe trägt also den Januskopf vindictio-defensio. Ihr Unterschied besteht darin, dass die Retorsion propria autoritate, absque iudice, durch Selbsthilfe, Eigenmacht, vindicta »privata« sich vollzieht, bei der Klage und Anklage dagegen sich der Verletzte des richterlichen Arms bedient: jene ist ein remedium extrajudiciale, diese das parallele remedium judiciale. »Retorsio succedit in locum actionis injuriarum.« Beide Arten der Injurienahndung gehörten sonach systematisch zusammen; und in der That wurde seit Ausgang unserer Periode eine Nebeneinanderstellung der beiden remedia mehr und mehr üblich.²²⁾

II. Neben dem Verteidigungsmoment, das man der Retorsion zuschrieb, fristeten das Moment der Provokation und das des Affekts nur noch ein Scheindasein.

Zwar taucht der Gedanke, dass der provocans als autor rixae an allem, was infolge dessen geschehen, allein die Schuld trage und es unbillig sei, ihm das Recht zuzugestehen, seinerseits wegen erlittener

¹⁹⁾ l. c. § Haec actio (12) J. de injur., n. 90 sqq.; 125.

²⁰⁾ eod., n. 79, 81.

²¹⁾ Die unklare Zusammenwerfung von Verteidigung und Rache zeigt sich zwar stellenweise auch anderwärts (vgl. z. B. Wesenbeck, Comm., ad tit. C. quando liceat unicuique 3,27, n. 2: In casu necessariae suae vel reipublicae defensionis licere debet vindicare se publicamque devotionem et aggressorem ulcisci — im Gegensatz wozu derselbe Autor das. n. 8 von der Notwehr sagt, ihr Endzweck sei nicht ultio, sed defensio); aber nirgends so charakteristisch, wie bei der Retorsion.

²²⁾ Vgl. Bocer, Disputat., cl. IV, disp. 4, th. 44,45. De famos. libell., cap. 3, n. 53; Joh. Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 204.

Injurien zu klagen, nicht selten auf: *qui rei illicitae primo operam dedit, omnia, quae subsequuntur, admisisse censetur; provocans provocato fenestram ita respondendi aperuit, nec meretur honorem, qui non honoravit; qui dicit, quod vult, audiet, quod non vult.*²³⁾ Aber so weit trieb man die Ungunst gegen den Urheber des Streits doch nicht, dass man den Retorquenten wegen der Provokation allein ohne Hinzutritt weiterer Momente für straffrei erklärt hätte.

Injurien im Affekt gesprochen, wollte Chilian König²⁴⁾ im Fall hinzutretender Reue straflos ausgehen lassen. Wenn der, sei es bürgerlich, sei es peinlich wegen Injurie Beklagte, sagt König, beweist, „dass er aus bewegtem vnd hitzigen gemüte die schmehwort geredt, vnd ist jm leid, das er es gethan, so kan derselbige vmb die iniurien nicht beclaget noch gestrafft werden. Also erkennen auch die Schöpffenstütle vnd stellen in jren vrteilen die beweisunge der bewegniss auff den Eid, also das er schwere, er hab es aus bewegtem gemüte vnd anders nicht gethan.“

Wichtiger hätte sein können, dass auch Damhouder, ohne des Gesichtspunkts der Verteidigung zu gedenken, sich dahin äusserte, die Erwiderung, *talio*,²⁵⁾ erlittener Schmähungen durch die Wendung »*tu mentiris*«, wenn in Folge der Provokation *ex bile et commoto animo* erfolgt, sei »*nequaquam punienda*«. ²⁶⁾ Allein diese Ansicht fand trotz der hohen Autorität, deren Damhouder sich sonst erfreute, keinen Anklang. Einmütig schloss sich die Theorie vielmehr der seinerzeit von Panormitanus so energisch verfochtenen Meinung an, dass in *delictis provocatio* und *calor iracundiae* für sich allein nur Strafmilderung, nicht völlige Straffreiheit zu begründen vermöchten.²⁷⁾

²³⁾ Vgl. Cothmann, l. c., Vol. I., cons. 34, n. 61; Lud. Schrader bei Kirchhoff, Cons., Tom. I., cons. 40, n. 29—32; Gilhausen, Arbor. jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 136, Octavo; Paul Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 5, V; Valentin Arithmaeus, l. c., disp. 4, assert. 2, nota c.; Arumaeus, Decisiones, lib. 2, dec. 13, n. 65.

²⁴⁾ Practica, Prozess und Gerichtsordnung, Kap. 59, n. 4.

²⁵⁾ „Wiedergeltung“, wie Beuther von Karlstadt übersetzt.

²⁶⁾ Praxis rer. criminal., cap. 136, n. 6, 7.

²⁷⁾ Joh. Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 97: Patet illum, qui provocatus alteri infert injuriam crimenve vicissim objicit, quod non defensionem tuitionemve aliquam, sed vindictam concernit, neutiquam excusari. — Vgl. ferner M. Uranius Prenninger, Lecturae, ad cap. Dilecti X. de except., n. 28; Idem, Consilia, Tom. I., cons. 14, n. 31, 33, 35; Wurmser, l. c.,

Die Unselbständigkeit des Provokations- und Affektmoments zeigt sich insbesondere da, wo die Schranken der Notwehr nicht eingehalten sind, also der Thäter sich mit dem Defensionseinwand nicht gehörig verteidigen kann; in solchem Falle unterliegt der Thäter unbedingt der Injurienklage, mag er auch noch so sehr gereizt worden sein und sich in hoher Erregung befunden haben.²⁸⁾

Überraschen muss freilich die Wahrnehmung, dass bei Besprechung der Retorsion vielfach das Verteidigungsmoment, das Provokationsmoment und das des Affekts kumuliert werden und sie vereint dem Autor dazu dienen, die Rechtmässigkeit oder Straflosigkeit der Retorsion zu begründen. Eben dieselben Schriftsteller, die sich anderwärts ganz deutlich als Anhänger der herrschenden Panormitanischen Ansicht erweisen, verändern, wenn sie zur Retorsion gelangen, plötzlich in dem Streben, möglichst viele Gründe für die Straflosigkeit der Retorsion zusammenzutragen, ihren sonst inne gehaltenen Kurs. Für sich allein bedeutungslos (von der Strafmilderung abgesehen), gewinnen Provokation und Affekt ganz andere Kraft, sobald sich die defensio mit ihnen verbündet. So z. B. betont Gaill für Fälle, in denen von defensio nicht die Rede ist, dass der *justus animi dolor* nur Strafmilderung bewirke, dass der *calor iracundiae* nicht vor Strafe schütze;²⁹⁾ dennoch aber rechtfertigt er den Satz, dass der Retorquent mit der *actio injuriarum* nicht verhaftet sei, durch die Erwägung, dass er

tit. 47, obs. 4, n. 2; obs. 15, n. 5; Mynsinger, Responsa, decur. 1, resp. 7, n. 29, 30; decur. 9, resp. 83, n. 16; Gaill, l. c., lib. 2, obs. 106, n. 12; Vigelius, Methodus jur. controv., lib. 5, cap. 10, reg. 66; Idem, Decisiones, centur. 4, dec. 28; Modestin. Pistoris Consilia, Vol. II, cons. 3, n. 8, 9, 13; Dan. Nebel, l. c., disp. 30, th. 2, nota b.; Dan. Moller, l. c., p. 4, const. 10, n. 1—3; Bocer, De famos. lib., cap. 3, n. 43. Ausdrücklich verwirft auch Schrader (bei Kirchhoff, Consil., Tom. I, cons. 40, n. 5 sqq.) den Einwand der Provokation und des *calor iracundiae* bei »tu mentiris«, während er (allerdings in einer zum Teil recht konfusen und kritiklosen Erörterung) die defensive Retorsion ausdrücklich zulässt. Schwankend Wesenbeck. »Provocatus excusatur ab injuria«, sagt er mit Bestimmtheit in P. V consil. 239, n. 54 seiner Responsa; und denselben Standpunkt wahrt P. VI das. cons. 251, n. 45, wonach die *provocatio ex intervallo excusare ab injuria non potest*, also doch eine Injurie, die der Provokation auf dem Fusse gefolgt ist, Entschuldigung findet. Dagegen verwirft er in P. III. cons. 149, n. 8, 9, 11 im Anschluss an Julius Clarus die Ansicht, dass Provokation in totum entschuldige, indem er — n. 16 das. — nur den Defensionszweck gelten lässt.

²⁸⁾ Vgl. Cothmann, Resp., Vol. III, resp. 4, n. 53.

²⁹⁾ L. c., lib. 2, obs. 100, n. 11, obs. 106, n. 9.

erstens provoziert sei und daher des animus injuriandi ermangele; zweitens die heftige Gemütsregung ihm zu gute zu rechnen sei, und drittens er sich nur verteidigt habe.³⁰⁾

Näheres Zusehen lehrt indess, dass in Wahrheit die Gesichtspunkte der provokatio und des Affekts nicht als neue selbständige Gesichtspunkte neben der defensio gemeint sind. Mehr noch als die Italiener ziehen unsere Autoren alle drei Gesichtspunkte in eine einzige zusammenhängende Erörterung hinein, bei der in Wirklichkeit die Notwehr die allein herrschende Stellung einnimmt, während Provokation und Affekt nur zur Kolorierung da sind.

Dies zeigt sich z. B. bei Gaill ganz deutlich darin, dass er für die Erlaubtheit der Retorsion Requisite aufstellt, die keine Stelle haben würden, wenn die Retorsionshandlung bereits durch Provokation und Affekt genügend exkulpiert wäre,³¹⁾ und dass er anderwärts (für Notwehr gegen das Leben) äussert: *Sola provocatio adversarii non excusat a delicto, sed necessitas defensionis.*³²⁾ Man vergleiche ferner die Ausdrucksweise desselben Autors in lib. 2, obs. 101, n. 4: Nicht injuriös, sagt er dort, ist die Äusserung »Tu mentiris« dann, quando quis injuriose provocatus injurianti respondet »tu mentiris« . .; nam injuriam ad defensionem innocentiae et honoris sui retorsisse creditur; quicquid enim provocatus facit, ad sui defensionem facere praesumitur. Hierher gehört weiter Vigelius, wenn er gegen denjenigen die actio injuriarum versagt, der provocatus et sic sui defendendi causa den Angreifer einen Lügner gescholten³³⁾; Cothmann, bei dem mitten in Ausführungen über den Defensivcharakter der Retorsion ganz unvermittelt und ohne weiterhin benutzt zu werden, das Moment des justus dolor auftaucht³⁴⁾; und ganz besonders Gilhausen, bei dem es heisst:

Bonum et aequum non videtur, ut in eum quis actionem injuriarum intendat, quem ipse prius injuste provocavit; culpa enim penes eum residere dicitur, qui provocat; quae autem pro-

³⁰⁾ l. c., lib. 2, obs. 100, n. 1 sqq.

³¹⁾ Pract. observ., lib. 2, obs. 100, n. 3, 4, 9.

³²⁾ De pace publica, lib. 1, cap. 16, n. 5.

³³⁾ Method. jur. controvers., lib. 5, cap. 10, except. tertia (hinter reg. 73).

³⁴⁾ Resp., Vol. II, resp. 59, n. 116.

vocationem subsequuntur, non offensioni, sed defensioni imputari debent.³⁵⁾

Also das, was über provocatio und calor gesagt wird, läuft doch schliesslich auf den Gesichtspunkt der Verteidigung hinaus: Die Provokation identifiziert sich mit dem rechtswidrigen Angriff, gegen den man sich eben wehrt; und der justus dolor, calor iracundiae, der Affekt, geht in dem animus se defendendi auf.

III. Bisweilen verflucht sich in die Erörterungen der Gedanke, dass der Retorquent nicht den animus injuriandi habe, und wird gelegentlich auch hierauf die Straflosigkeit der Retorsion gegründet. Aber dieser Gesichtspunkt tritt gleich denen der Provokation und des Affekts nur als ein durchaus unselbständiger auf. Die These, dass der Retorquent des animus injuriandi ermangle, wird allenthalben gegründet entweder darauf, dass ein Fall der Provokation vorliegt,³⁶⁾ oder sie wird hergeleitet aus dem Umstande, dass der Injurierte sich verteidige, weil, wer sich verteidige, nur den animus se purgandi, crimen sibi objectum avertendi habe.³⁷⁾ Dabei kam es freilich den Autoren nicht darauf an, nach Gutdünken Grund und Folge zu vertauschen und in dem Fehlen des animus injuriandi umgekehrt den Grund für die Straflosigkeit derer zu suchen, die provoziert oder zwecks Verteidigung thätig geworden sind. Der Nachdruck ruht aber durchweg auf dem Gesichtspunkt der Notwehr.

³⁵⁾ De injur., § 5 n. 210 octavo, n. 211; Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 136 octavo. Zu vergleichen sind weiter die Darstellungsart und Ausdrucksweise des Referenten in der reichskammergerichtlichen Entscheidung bei Meichsner, Decisiones, lib. 1, dec. 29, n. 12; Vigelius, Method. practicar. observation., lib. 3, cap. 26, n. 9; Theod. Petreus, l. c., concl. 60; Bocser, Disputation., cl. IV, disp. 4, th. 30.; Jac. Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 26; Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 5 V; Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 97.

³⁶⁾ Gaill, Pract. observ., lib. 2, obs. 100, n. 1; obs. 101, n. 4; Vigelius, Method. jur. contr., lib. 5, cap. 10 exc. tertia (hinter reg. 73); Obrecht, l. c., cap. 2, n. 24.

³⁷⁾ Gaill, obs. 100, n. 3, obs. 101, n. 4; Vigelius, l. c., (Anm. 35); Gilhausen, De injur., § 5, n. 210, 211; Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 136 Quinto; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 103; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 22, 23; Henning Wegner, Ad Institutiones disputationes, disp. 14, th. 7, nota c.; Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 5, I; Hoenonius, Disputationes juridicae, disp. 18, contr. 25, I.

§ 15.

2. Voraussetzungen für die Statthaftigkeit der Retorsion.

I. Die deutsche Jurisprudenz des Zeitraums, der uns hier beschäftigt, versteht unter „Retorsion“ regelmässig nur eine Reaktion gegen Verbalinjurien. Ungewöhnlich ist der Sprachgebrauch, wonach auch die Abwehr von Realinjurien mit der Bezeichnung „Retorsion“ belegt wird; und wo dieser Sprachgebrauch begegnet, ist er nur ganz beiläufig. So findet sich bei Gaill die Frage aufgeworfen,¹⁾ *utrum is, qui facto vel dicto injurioso ad iram provocatus calore iracundiae aliquid injuriosum dixerit injuriamve retorserit, actione injuriarum teneatur*, und darauf die Antwort: *breviter dicendum, quod non*. Aber diese Antwort ist in Wahrheit nur auf den Fall der wörtlichen Beleidigung gemünzt. Auf ihn allein passt die sich anschliessende Ausführung des Autors. Die Retorsion, die Gaill gestattet, besteht nämlich ausschliesslich in der Äusserung »tu mentiris«, die ersichtlich einer Realinjurie gegenüber sinnlos ist. Die Antwort erschöpft den Fall nicht, die Rückgabe einer Thätlichkeit bleibt unerörtert.

Für die Erwiderung von Realinjurien mangelt aber nicht nur die technische Bezeichnung — auch sachlich nimmt sie vielmehr eine nur untergeordnete Stellung ein. *Repercutere* wird nur gestattet, wenn zu befürchten steht, dass der Angreifer damit umgeht, weiter zu schlagen.²⁾ Die Frage nach der Vergeltung einer Realinjurie durch beleidigende Äusserungen bleibt ausserhalb des Gesichtskreises. Cothmann³⁾ streift sie zwar⁴⁾: Demjenigen, spricht er aus, der uns thätlich angreift, dürfen wir sagen: »*eum vim et injuriam nobis facere*«; denn dies ist erlaubte Defension. Die namhaft gemachte Redewendung ist jedoch ersichtlich eine harmlose: ihr fehlt der ehrverletzliche Charakter.

Weder der Bezeichnung noch der Sache nach ist somit für unsere Periode ein *jus retorsionis* gegen Körperverletzungen anzunehmen.

¹⁾ *Observ.*, lib. 2, obs. 100 pr., n. 1.

²⁾ *Lud. Schrader*, *Comment.*, tit. 2 § *Jus autem gentium*, n. 58.

³⁾ *Resp.*, vol. V, resp. 47, n. 2.

⁴⁾ Sofern überhaupt, was nach n. 3 l. c. zweifelhaft sein kann, der Autor das Wort »vis« im Sinne von „realer Gewalt“ meint und nicht vielmehr nur pleonastisch zu »injuriam« hinzusetzt.

II. Geeignete Grundlage einer Retorsion sind vielmehr ausschliesslich *verba injuriosa*; aber nicht nur das gesprochene Wort, vielmehr berechtigen auch briefliche Injurien zur Retorsion;⁵⁾ desgleichen unterstellt Bocer als selbstverständlich, dass auch gegen einen *famosus libellus* Retorsion statthaft ist.⁶⁾ Der Inhalt der Injurie wird als gleichgültig behandelt; es wird hierauf nicht näher eingegangen. Johannes de Stynna klammert sich, wie zu erwarten, genau an Durantis an; wie dieser sagt er: im Prozess soll der Advokat den Advokaten der Gegenpartei *benigne pertractare*; . . . *si vero alter ei turpem notam imponat, secure dicat »mentiris.«*⁷⁾ Das Beiwerk (der Prozess, sowie die Advokaten als Injuriant und Retorquent) wurde naturgemäss später bei Seite geschoben; es blieb die »*turpis nota*«, und diese fixierte sich dahin, dass »*crimen vel convicium mihi aliquis objicit*«. ⁸⁾ Demgemäss berechtigte nicht jede Injurie zur Retorsion, namentlich diejenige nicht, welche lediglich in einem abfälligen Urteil des Injurianten bestand; Voraussetzung ist vielmehr die Behauptung einer für den Injurianten ehrenrührigen Thatsache.

Auf die grössere oder geringere Schwere der Beleidigung kommt es nicht an. Die von Damhouder⁹⁾ anscheinend beliebte Beschränkung, dass der Retorquent »*graviter injuriatus*« sein müsse, ward in Deutschland nicht adoptiert.

III. Die injuriöse Behauptung des Beleidigers muss eine unwahre sein.¹⁰⁾ Vorwürfe, welche der Wahrheit entsprechen, berechtigen den

⁵⁾ Meichsner, l. c., lib. 1, dec. 29, n. 18, *Votum quartum*.

⁶⁾ De famos. lib., cap. 3, n. 45.

⁷⁾ Speculator abbreviatus, Pars 1, Rubr. De advocatorum disputatione, fol. 53v.

⁸⁾ Zasius, l. c., ad t. D. de procuratoribus. punct. ult., vers. *Nota septimo*; Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 18, n. 1; Schneidewin, l. c., ad tit. J. de injur., § Injuria, n. 9; Gaill, Observ., lib. 2, obs. 100, n. 3; Schrader, Tract. feudal., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 114; Petreus, l. c., concl. 60; Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 4, n. 53; Bocer, Disputat., cl. IV, disp. 4, th. 30; cl. V, disp. 1, th. 33; Schultes, l. c., p. III, qu. 127, n. 26; Joh. Harpprecht, l. c., § Injuria autem 1 J. de injur., n. 80.

⁹⁾ Praxis rer. crim., cap. 136, n. 6, 7.

¹⁰⁾ M. Uranius Prenninger, Consil., Tom. I, consil. 14, n. 9; Matth. Coler, Practica universal. de processib. executiv., p. 1, cap. 8, n. 86, 87; Lud. Schrader, Tract. feud., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 119; Idem bei Kirchhoff, Cons., Vol. I, cons. 40, n. 33; Bocer, Disp., cl. IV, disp. 4, th. 30, nota c.; cl. V, disp. 1, th. 36; Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 85; § Haec actio (12) J. eod., n. 162—163.

dadurch Beleidigten wohl zu einem Protest, wie »tu male dicis, tu injuriaris mihi«, aber nicht zur Retorsion.¹¹⁾ Denn letztere besteht ja, wie unten zu zeigen, im wesentlichen in der Äusserung »mentiris«; und diese passt sichtlich nicht, wenn die behauptete Thatsache zutrifft.

Dabei ist wohl die Meinung die, dass der „Lügner“ Gescholtene thatsächlich nicht bloss die Unwahrheit gesagt, sondern dass er dies wider besseres Wissen gethan haben müsse: Voraussetzung der Retorsion ist, dass der andere »re vera mentiebatur«.¹²⁾

Hiermit steht im Zusammenhang, dass, wie ja schon die Italiener lehrten, eine retorsio retorsionis »immo tu mentiris« unstatthaft ist.¹³⁾ Denn setzt die Retorsion einen wahrheitswidrigen Vorwurf voraus, so ist sie selbst wahrheitsgemäss, und sie selbst mithin keine taugliche Grundlage für ein berechtigtes Zurückgeben der Retorsion. Überdies aber ist die Retorsion erlaubte Notwehr, und gegen sie mithin weitere Verteidigung unzulässig.

IV. War die Retorsion eine species defensionis, so war ihre Rechtmässigkeit durch die **necessitas defensionis** bedingt; erlaubt konnte sie nur dann sein, wenn der Angegriffene aliter evadere non poterat, wenn die Retorsion das einzige dem Bedrohten zu Gebote stehende Mittel war, um das angegriffene Rechtsgut, die Ehre, zu erhalten. Deshalb durfte der Injurierte insbesondere nicht die Möglichkeit gehabt haben, mit gleichem Erfolge richterliche Hilfe anzurufen: die defensio ist keine justa, wenn der Angegriffene jure experiri potuit ac debuit.

Erwägungen solcher Art stellte Cothmann an;¹⁴⁾ die grosse Mehrzahl der Schriftsteller unserer ersten Periode weiss dagegen von derartigen Requisiten nichts. Stärkere Betonung dieser letzteren trug, wie sich unten zeigen wird, später dazu bei, die Lehre von dem jus retorsionis ganz aus den Angeln zu heben.

¹¹⁾ M. Uranius Prenninger, Lect., ad cap. Dilecti X. de exception., n. 23.

¹²⁾ Vgl. Jac. Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 140—142; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 24. Abweichend allerdings Berens, der Retorsion auch gegen jemand, der unwissentlich die Unwahrheit geredet, zulässt (l. c., disp. 14, th. 2, qu. 5 g. E.).

¹³⁾ Prenninger, Lect., ad cap. Dilecti X. de exception., n. 24; Petreus, l. c., concl. 60, nota c.; Cothmann, l. c., Vol. II, resp. 59, n. 120; Bocer, Disp., cl. IV, disp. 4, th. 45, nota f.; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 44, 45; Gilhausen, De injur., § 5 n. 215; Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 140—141; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 219—220; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 27—29; Berens, l. c., disp. 14, th. 2, Additio.

¹⁴⁾ l. c., Vol. II, resp. 59, n. 138.

§ 16.

3. Modalitäten der Retorsion.

I. Handelt es sich darum, zu ermitteln, wie die Retorsion, soll anders sie erlaubt sein, vor sich gehen muss, so ist der Satz an die Spitze zu stellen, dass der Retorquent bei seiner Verteidigung das *moderamen inculpatae tutelae* inne zu halten hat; denn nur so erprobt sich der Notwehrcharakter der Retorsion.

Aus diesem obersten Satze ward nun zunächst der weitere hergeleitet, dass nur *verba* als Mittel zur Zurückschlagung des injuriösen Angriffs erlaubt seien. Denn das Recht billigt die Verteidigung nur insoweit, als die Abwehr eine dem Angriff entsprechende ist, nur wenn »*inter defensionem et offensionem est justum aequilibrium, proportio et paritas.*« Gleichwertig sind aber Angriff und Verteidigung nur bei *paritas seu aequalitas armorum*; und daraus ergiebt sich unmittelbar: man darf *vim vi repellere, arma armis: verbis autem nos laedenti verbis solummodo licite respondere possumus.*¹⁾

Unerlaubt ist demgegenüber jede *violenta defensio* gegen verbale Angriffe, welche »*factis*«, durch Thätlichkeiten, erfolgt; denn gegenüber Verbalinjurien »*ad manus et ferrum venire*« ist unnötig und somit ein Überschreiten des *moderamen*. So wenigstens die herrschende Meinung,²⁾ der die vereinzelt dissentierenden Stimmen³⁾ keinen Abbruch zu thun vermögen.

¹⁾ Nicol. Everardus a Middelburgo, Resp., cons. 113, n. 2; Wesenbeck, Comment., ad tit. C. quando liceat unicuique, 3, 27, n. 5; Schneidewin, l. c., ad t. J. de injur. 4, 4, § Injuria, n. 9; Cothmann, l. c., Vol. I, cons. 34, n. 127, 128; Vol. II, cons. 59, n. 137. Halbritter (respond. Laur. Freytagk), Theor. et praxis legis Ut vim (3) ff. de j. et j., Tub. 1603, th. 14. Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 185. Lud. Schrader, Comm., tit. 2, in § Jus autem gentium, n. 56 sqq.

²⁾ Nicol. Everardus a Middelburgo, l. c., consil. 113, n. 2; Petreus, l. c., concl. 60, nota f.; Cothmann, l. c., Vol. I, cons. 34, n. 127, 128; Gilhausen, De injur., § 5 n. 218; Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 141; Halbritter, l. c., th. 14; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 185 sqq.; Obrecht, l. c., cap. 9, n. 1 sqq.; Lud. Schrader, Comment., tit. 2, in § Jus autem gentium, n. 57; H. U. Hunnius, Colleg. Institut., disp. 17, th. 31.

³⁾ Nicht zu den Dissidenten wird Regner Sixtinus zu rechnen sein. Zwar sagt er in einem seiner Consilien — Consilia Marpurgensia, ed. Vultejus, Vol. II, cons. 16, n. 61 — : Jedermann könne pro defensione proprii honoris den Angreifer töten; allein nach n. 63 dürfte dieser Satz auf Verteidigung gegen Realinjurien einzuschränken

Johann Harpprecht erörtert noch speziell die Frage, ob man eine Verbalinjurie mit einer Ohrfeige beantworten dürfe. Aus der Erwägung, dass auch eine solche zur »vis« gehört, ergibt sich die Unzulässigkeit derartiger Retorsion, umsomehr, als der Beleidigte sich ja eben so gut einer Verbalinjurie, wie des Schlages bedienen und dadurch seine Ehre retten kann, also nicht nötig hat, zu kräftigeren Mitteln zu greifen. Könne nun zwar bisweilen die Möglichkeit, sich der verbalis defensio mit Erfolg zu bedienen, mangeln, z. B. wenn eine nobilis vel egregia persona von einer vilis vel infamis persona geschmäht worden sei, — weil ja eine solche niedrige Person den Vorwurf, dass sie gelogen, einfach in den Wind schlagen würde, — so sei doch auch in solchem Falle reale Defension ausgeschlossen; denn zur Wahrung seiner Ehre habe der Beleidigte ja immer noch die Klage.⁴⁾

Daniel Moller citiert zwar⁵⁾ ein deutsches Sprüchwort „Auff ein Liegen gehört eine Maulschelle“ = den Vorwurf einer Lüge erwidert man durch eine Maulschelle. Aber durch die Heranziehung dieses Sprüchworts will er nur erhärten, dass der Vorwurf einer Lüge, wenn er nicht zwecks Verteidigung erfolge, eine sehr schwere Injurie sei; mehr nicht.

II. Durch verba also durfte der Geschmähte retorquieren; aber nicht jedes beliebige verbum galt als zur Abwehr taugliche Waffe. Damit die Retorsion ihren Defensivcharakter bewahre, mussten die gebrauchten Ausdrücke vielmehr *ad injuriam depellendam et propulsandam apta, idonea et qualificata* sein, *quae injuriam illatam reflectant et ab injuriato auferant, et in injuriantem detorqueant et rejiciant*; und hierbei musste auch eine *paritas terminorum*, Gleichwertigkeit der beiderseits gebrauchten Ausdrücke, beobachtet werden, weil anderenfalls das *moderamen inculpatae tutela* nicht eingehalten wäre.⁶⁾

Hieraus ergab sich zunächst der Satz, dass der Retorquent nicht schlechthin zur Gegenbeleidigung greifen darf. *Pro injuria accepta sui defendendi causa injurianti dicere aliam injuriam* — das hatten zwar

sein. — Vgl. dagegen Cothmann, l. c., Vol. I. cons. 34, n. 58. Schrader, bei Kirchhoff, Vol. I, cons. 40, n. 35 (Beide im Widerspruche mit sich selbst — vgl. die Citate in vorstehender Anmerkung); Arumaeus, Decisiones, lib. 2, dec. 13, n. 69.

⁴⁾ Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 189—193.

⁵⁾ l. c., p. 4, const. 42, n. 37.

⁶⁾ Mynsinger, Sing. observ., cent. 5, obs. 17, n. 3; Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 4, n. 97; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 185.

nicht wenige der Italiener für denkbar und statthaft erklärt, und in den Niederlanden war diese Ansicht von Damhouder anscheinend geteilt;⁷⁾ die deutsche Jurisprudenz dagegen lehnte diese Ansicht mit Entschiedenheit ab. Es wurde darauf hingewiesen, dass »nemo jus suum injuriis inferendis tueri potest«, dass »injuria injuriam prosequendo non propulsatur, sed accumulatur«, wie schon von Durantis hervorgehoben, dass »per criminis objectionem non eliditur crimen, quod a te mihi objectum est«, vielmehr »injuria illata removeri non potest«, dass mithin solche Gegenbeleidigung »defensionis limites excedit et vindictam explet«, sonach unerlaubt sein muss.⁸⁾ Die Nutzenanwendung wurde meist dahin gemacht, dass man z. B. dem, von dem man ein »fur« gescholten worden, nicht »tu fur« (*ipse fur es, immo tu fur es*) erwidern; dass man dem, der sich der Schmähworte »tu latro, homicida, scelestus, adulter« etc. bediene, nicht zurückgeben dürfe, er sei ein *proditor, latro, scelestus* u. s. w.;⁹⁾ dass die Erwiderung einer Schmähschrift durch eine eben solche unzulässig sei¹⁰⁾ u. s. w. Als ein Vertreter der gegenteiligen Meinung, wonach Gegenbeleidigung schlechthin statthaft sei, wurde vielfach (z. B. von Jacob Schultes,) Ludolf Schrader citiert. In Wahrheit referiert Schrader jedoch an den betreffenden Stellen¹¹⁾ nur ganz objektiv fremde Ansichten. Seine Bemerkung, dass »nemini permittitur, ex obligatione reciproca, contra quam ipse deliquit, adversus alium agere vel ad poenam vel ad interesse«, bezieht sich nur auf die „Strafe“ der Lehnsverlustigung für den Vasallen.¹²⁾ In seinem Kommentar¹³⁾ sagt Schrader ganz deutlich:

⁷⁾ l. c., cap. 136, n. 7 (»Tu mentiris« ist bei ihm wohl nur Beispiel, vgl. den Passus »dummodo tolerabiles et non enormes sint injuriae«).

⁸⁾ M. Uranius Prenninger, Consil., Tom. I, cons. 14, n. 24 sqq.; Jac. Thoming, Responsa, Vol. I, consil. 46, n. 106; Schneidewin, l. c., ad tit. J. de injur. 4,4, n. 12; Joh. Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 91.

⁹⁾ Schneidewin, l. c., ad tit. J. de injur. 4,4, n. 12; Mynsinger, Responsa, dec. 1 resp. 7, n. 25—26; dec. 6 resp. 51, n. 16, 17; resp. 59, n. 16—18; dec. 9 resp. 83, n. 12, 13, 15; Singul. observ., cent. 5 obs. 17, n. 3. Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 4, n. 53. Bocser, Disput., class. IV, disp. 4, th. 31; Jac. Schultes, l. c., n. 47; Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., 87—91; Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 6 Additio.

¹⁰⁾ Dan. Moller, l. c., p. 4, const. 44, n. 8.

¹¹⁾ Tract. feudal., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 124.

¹²⁾ cf. n. 84, 85, 114 l. c. — Dass Schrader an die mittels der actio injuriarum einzuklagende poena nicht denkt, beweist n. 118 l. c., wozu unten S. 92 zu vergleichen ist.

¹³⁾ tit. 2 § Jus. autem gentium, n. 57.

Eum, qui aliquem vocavit latronem, furem, scelestum, proditorem vel quod simile crimen objecit, non permittitur injuriato vocare latronem, furem, scelestum, proditorem vel illi simile aut majus vel levius crimen objicere, quia hoc non tendit ad defensionem, sed ad vindictam.

Er ist also Anhänger, nicht Gegner der herrschenden Ansicht; auch sonst hat letztere von keiner Seite Anfechtung erfahren.

III. Das Verbot der Gegenbeleidigung legte sich nun allmählich dahin fest, dass gesagt wurde: Verpönt sind als nicht mehr dem Verteidigungszwecke dienend alle solchen verba injuriosa, deren Inhalt keine Beziehung auf den Vorwurf hat, der dem Erstbeleidigten gemacht worden ist, sondern ein aliud factum concernit, ein novum et diversum crimen in sich schliesst: novam, aliam injuriam infligere illicitum est.

Im Gegensatz hierzu, meinte man, stehe die erlaubte Retorsion: bei dieser eadem est injuria, quae infertur ac quae retorquetur. Der Erstbeleidigte fängt idem convicium, eben denselben Vorwurf, der ihm gemacht worden ist, eben dieselben Worte, die ihm entgegengeschleudert worden sind, auf und dreht oder wirft sie auf ihren Autor zurück: die injuria illata »rejecitur, regeritur«. Es verband sich also mit der Retorsion die Vorstellung, als sei die Beleidigung ein abgeschossener Pfeil, den der Getroffene auf den Schützen zurückschleudere. Nach dieser Vorstellung ist bei ihr nur ein Delikt in Frage. Dieses Delikt behauptet der Angreifer; der Retorquent leugnet es, verba proferens ad idem delictum spectantia.¹⁴⁾

Dies Moment der Identität der beiderseitigen Injurien sollte später in der Kompensationslehre bedeutsam werden, wie sich unten zeigen wird.

IV. Durch die Formel »verba injuriosa verbis idem convicium pertinentibus retorqueri possunt« war der Inhalt der Retorsion annähernd umschrieben. Praktisch war damit aber nicht viel gewonnen; denn noch blieb die grosse Frage, wie das eandem injuriam regerere gemeint sei. Unsere Juristen lassen indessen darüber keinen Zweifel aufkommen; in ihren Schriften stellt sich die Retorsion in sehr konkreter Gestalt dar.

¹⁴⁾ Gaill, Pract. observ., lib. 2, obs. 100, n. 9, Petreus, l. c., concl. 60 Text bei nota f.; Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 4, n. 98; Bocer, Disputat., cl. V, disp. 1, th. 36, 37; Schultes, l. c., n. 46—48; Gilhausen, De injur., § 5, n. 217; Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 141; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 17, 20; Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 6 Additio; Althusius, Jurisprud. Romana, lib. 1, cap. 53.

1. Den Ausgangspunkt bildet das wohlbekannte »Tu mentiris«. Dass man durch diese Wendung — deutsch „du lügst“ — einen schimpflichen Vorwurf retorquieren dürfe, blieb unumstössliches Axiom, und zwar bildeten diese Worte von Hause aus den einzigen Retorsionsinhalt, insoweit wir von den Erweiterungen und Dekorationen dieser Redewendung absehen. Wenn Schultes meint,¹⁵⁾ die Retorsion geschehe in der Weise, dass quis criminantem mendacii arguat aut alio quovis modo innocentiam suam tueatur, so ist dieser alius modus leerer Schall geblieben. Allenthalben begegnet das »tu mentiris«,¹⁶⁾ eine andere „Ehrenrettung“ nirgends. Selbstverständlich stehen dabei das bedingte „Wenn du das sagst, dann lügst du“ und das generell gesagte „Wer das behauptet, der lügt“ dem einfachen „du lügst“ gleich;¹⁷⁾ und ebenso begründet der Zusatz (tu mentiris) »per gulam« keinen sachlichen Unterschied.¹⁸⁾

Wesenbeck¹⁹⁾ erachtet es für ratsam, nicht pure et categorice zu retorquieren, sondern vielmehr „Glimpf's halben conditionaliter: sonst möchte es Beklagter verneinen, und auff den Process und Beweiss sich beruffen, würde also wenig ausgerichtet“; man solle daher in die Retorsion die Klausel aufnehmen, dass man nur „auff den Fall“ dem vermeintlichen Beleidiger retorquierte haben wolle, „so Er solche Injurien . . aussgegossen.“ Indessen meint der Autor nicht, dass diese Klausel unerlässlich sei; nur Zweckmässigkeitsgründe führen ihn dazu, eine solche cautela zu empfehlen.

Erlässiglich ist auch die Zufügung einer Ehrenprotestation. Zwar nahm in ältester Zeit Johannes de Stynna²⁰⁾ aus Durantis das

¹⁵⁾ l. c., n. 46.

¹⁶⁾ Johannes de Stynna, l. c., p. 1 Rubr. De advoc. disp., fol. 53 v.; Zasius, Paratitla, ad tit. D. de procur., punct. ult., vers. Nota septimo; M. U. Prenninger, Lect., ad cap. Dilecti X. de exception., n. 21; Consil., Tom. I, cons. 14, n. 9; Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 4, n. 1; obs. 15, n. 6; obs. 18, n. 1; Schneidewin, l. c., ad tit. J. de action., § Bonae fidei, n. 24; Mynsinger, Sing. observ., cent. 5, obs. 17, n. 3; Gaill, Pract. observ., lib. 2, obs. 100, n. 3; Cothmann, l. c., Vol. V, resp. 47, n. 2; Moller, l. c., p. 4, const. 42, n. 37; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 26; Gilhausen, De injur., § 5, n. 204; Hoenonius, Disputationes juridicae, disp. 18, contr. 25.

¹⁷⁾ Schrader, Tract. feudal., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 115; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 201—202.

¹⁸⁾ Schrader, ibid. und bei Kirchhoff, Consilia, Vol. I, cons. 40, n. 19.

¹⁹⁾ Responsa, P. III, consil. 142, n. 47.

²⁰⁾ l. c., p. 1, Rubr. De advoc. disp., fol. 53 v.

Postulat herüber, dass der Retorquent protestieren müsse, »quod hoc non dicat animo injuriandi, sed causa sui juris conservandi«; und in späterer Zeit schloss sich auch Wurmser dem Speculator auf das genaueste an.²¹⁾ Aber wie in Italien nach Durantis die Wertlosigkeit der Protestation erkannt wurde, so legte man auch diesseit der Alpen später auf die praefatio honoris »salvo honore tuo, salva reverentia« kein Gewicht mehr. So wenig auf der einen Seite einem Injurianten zugestanden wurde, sich durch solchen Zusatz zu entlasten, so wenig wurde auf der anderen Seite dem Retorquenten Strafflosigkeit nur unter der Voraussetzung verheissen, dass er jenes protestativen Zusatzes sich bedient habe. Dies der Standpunkt der Theorie.²²⁾ Die Praxis des täglichen Lebens mochte meinen, dass sie sicherer gehe, und es nichts verschlagen könne, wenn ausdrücklich bei der Retorsion erklärt werde, sie erfolge nur ad legitimam honoris defensionem. Solchen Zusatz empfiehlt Bocser,²³⁾ und die Retorsionsformeln, die uns überliefert sind, enthalten auch stets eine feierliche Beteuerung, dass man rein zur Rettung seiner verkümmerten Ehre, nicht in injuriöser Absicht, retorquiere.

Neben dem „mentiris“ begegnen mitunter anlässlich praktischer Fälle als „Retorsion“ Redensarten, die innerhalb der Grenze des schon an sich nicht Injuriösen liegen; z. B. der Injuriat erklärt, »quod reus ipsi vim et injuriam fecisset«; dass der Injuriant ihm „ungütlich und unrecht gethan“ habe.²⁴⁾ Dieselben machen indess dem »mentiris« den Rang nicht streitig. Bedenken gegen die Statthaftigkeit der Retorsion mittels Vorwurfs der Lüge stiegen unseren Juristen nicht auf. Überschreitet doch sogar nach Berens²⁵⁾ das »Tu mentiris« das moderamen inculpatae tutelae selbst dann nicht, wenn der Injuriant gar kein „Lügner“ war, sondern im Glauben an die Richtigkeit seines Vorwurfs gehandelt hatte, weil es ja an ihm gelegen, sich zuvor von der Wahrheit des Vorwurfs zu vergewissern und er nicht temere ad injuriam desilire gedurft habe.

²¹⁾ l. c., tit. 47, obs. 18, n. 2.

²²⁾ Vgl. Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 29 sqq.; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 207—208.

²³⁾ Disputat., class. IV, disp. 4, th. 45.

²⁴⁾ Cothmann, l. c., Vol. V, resp. 47, n. 3; Vol. II, resp. 59, n. 108; Wesenbeck, Resp., P. III, cons. 142, n. 47.

²⁵⁾ l. c., disp. 14, th. 2, qu. 5.

2. Nach der Schablone »tu mentiris« richtete sich naturgemäss das tägliche Leben nicht. Die Fälle, die zur Aburteilung gelangten, boten vielmehr mehr oder minder Variationen dar, über die der zu ihrer Entscheidung Berufene sich wohl oder übel aussprechen musste. Dieser Umstand führte dazu, dass der Retorsionsinhalt sich allmählich über das einfache „du lügst“ hinaus erweiterte. Doch blieb das »tu mentiris« der Krystallisationspunkt.

Durfte man den Gegner einen Lügner schelten, so lag zunächst die Frage nahe, ob es nicht auch angehe, die Verwerflichkeit und Schlechtigkeit der Lüge durch Zusätze recht ins helle Licht zu setzen und »exaggerandi mendacii causa« zu retorquieren: »Tu mentiris ut fur, ut latro«. Das Reichskammergericht erachtete (wohl Mitte des 16. Jahrhunderts), wie Matthias Coler unter eigener Billigung berichtet,²⁶⁾ eine Retorsion solcher Art („du leugst wie ein ehrloser Mann“) für unerlaubt und verurteilte den Retorquenten.²⁷⁾ Auch M. Uranius Prenninger hielt die Äusserung „du lügst als ein verlogener Bösswicht, tanquam mendax malefactor“ für unzulässig, weil mit ihrem Zusatz über das moderamen inculpatae tutelae hinausgehend.²⁸⁾ Aber später trat in Praxis wie Theorie ein Umschwung ein. Dem Reichskammergericht lag 1575 ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem der Beklagte auf die Bezeichnung expilatae hereditatis et aliorum criminum dem Injurianten zwecks Defension erwidert hatte: „Du leugst uns an wie ein Ehrendieb.“ Über den Zusatz „wie ein Ehrendieb“ entwickelte sich unter den Assessores ein lebhafter Meinungsstreit, während man darüber einig war, dass die Erwiderung »tu mentiris« für sich erlaubt gewesen sei. Johannes Meichsner hat uns einen Einblick in die Werkstätte des Gerichts eröffnet, indem er in seiner Decisionensammlung²⁹⁾ die verschiedenen Vota mitteilt. Der Referent meint, bei Beurteilung der Injuriösität komme es auf die im Lande herrschende consuetudo loquendi an; nun sei es in der That communis modus et forma loquendi, dem, der einem ein crimen vorgeworfen, zu sagen, er lüge „wie ein Ehrenabschneider“: et quoniam mos ita viget in Germania, licet sit iniquus, tamen sufficit ita in usu esse. Nicht

²⁶⁾ Practica universal. de processib. executiv. p. 1, cap. 8, addit. 37, t., u.

²⁷⁾ Wohl derselbe Fall, von dem Wehner, l. c., Stichwort „Liegen, Lügen“ berichtet.

²⁸⁾ Consilia, Tom. I, cons. 14, n. 10.

²⁹⁾ lib. 1, dec. 29.

in der Begründung, wohl aber im Resultat treten das vierte und sechste Votum dem Referenten bei. Das vierte Votum verhehlt sich zwar nicht, dass der Zusatz „wie ein Ehrendieb“ einen injuriösen Beigeschmack habe, kommt aber über diese Schwierigkeit hinweg mit der Erwägung: »Modica non consideranda«; und ähnlich heisst es im Votum sextum: Die Beleidigung sei ja doch nur retorquiert, licet pluribus verbis. Entgegengesetzt spricht sich der dritte Beisitzer aus: Nur das einfache »mentiris« ohne Hinzufügung einer anderen Injurie ist erlaubt; und die Gepflogenheit, — hiermit wird zutreffend die Ansicht des Referenten bekämpft, — zuzusetzen „wie ein Ehrendieb“ ist kein mos, sondern eine corruptela. Auch das fünfte Votum meint, der Beklagte hätte sich begnügen sollen, den Angreifer mendacii arguere sine reliquis verbis. Ganz besonders aber tritt der achte Votant dem Referenten entgegen: durch den Zusatz „wie ein Ehrendieb“ indulget provocatus irae et libidini suae; insoweit liegt mithin unerlaubte ultio, nicht mehr erlaubte Verteidigung vor. Das Kollegium schloss sich trotzdem der Ansicht des Referenten an, liess also den erwähnten Zusatz straffrei passieren.

Auch ausserhalb des höchsten Gerichtshofes drang diese Ansicht durch. Mynsinger³⁰⁾ ebnete ihr die Wege durch die Deduktion: Worte, welche ad unum eundemque effectum tendant, bildeten nur eine einzige Injurie; sage man nun: »tu mentiris ut fur vel latro«, so seien dies solche verba ad unum eundemque effectum tendentia; mithin liege in dem angehängten »ut fur vel latro« keine selbständige Beleidigung; sei demgemäss das »mentiris« straflos, so sei auch der übrig bleibende Zusatz für sich allein der Bestrafung nicht fähig. Weiter erörterten Cothmann,³¹⁾ Bocer,³²⁾ Halbritter,³³⁾ namentlich aber Schrader³⁴⁾ und in Anlehnung an ihn Joh. Harpprecht³⁵⁾ die Frage, ob die Retorsion lauten dürfe: »Tu mentiris ut (oder tanquam) fur, latro, proditor, scelestus, praedo; tu mentiris turpiter, perfide et scelerate; Solches redestu nicht wie ein warhaffter Bidermann, sondern

³⁰⁾ Singul. observ., cent. 5, obs. 17, n. 3—4.

³¹⁾ l. c., Vol. III, resp. 4, n. 53, 97, 100.

³²⁾ Disput., cl. IV, disp. 4, th. 30, cl. V, disp. 1, th. 33.

³³⁾ l. c., th. 14.

³⁴⁾ Tract. feudal., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 115—117; Consil. coll. per Kirchovium, Vol. I, cons. 40, n. 38 sqq.; Comment., tit. 2, § Jus autem gentium, n. 57.

³⁵⁾ l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 80—85.

als ein wissentlicher verlogener Ehrenscheider.« Sie alle sind einig darin, dass solche Retorsion *indistincte permissa est, etiamsi conviciator, qui falsum objicit crimen, neque fur sit, neque latro etc.* Die ausführlichste, wenngleich nicht originelle, sondern grossenteils von Schrader entlehnte Begründung giebt Harpprecht; der Grundgedanke ist bei ihm der, dass die Äusserung »tu mentiris« alle Zusätze, die ihr nur »qualificative, accessorie, in consequentiam, posterius« angehängt seien, nach sich ziehe, dieselben daher gleich jener straflos seien.³⁶⁾

3. Zu noch weiterer Ausdehnung gelangte das *jus retorsionis* mit Hilfe der oben erwähnten Formel, dass es erlaubt sei, *idem convicium* dem Gegner zurückzugeben. Solche Identität, der ersten und der zurückgeworfenen Beleidigung fand man allerdings nicht etwa schon in der Gleichheit der hüben und drüben gebrauchten Ausdrücke; wie oben ausgeführt, durfte derjenige, dem gesagt worden war: »tu fur«, seinerseits nicht etwa mit »tu (ipse) fur (es)« erwidern.³⁷⁾ Vielmehr mussten die Worte mit einer gewissen Floskel umkleidet werden, welche den Zweck haben sollte darzuthun, dass man genau ebendenselben Vorwurf dem Gegner zurückgebe: der Retorquent musste dem Beleidiger sagen, dass er ihn für das ansehe, wozu ihn jener stemple.

Die Ausbildung einer stereotypen Floskel hierfür wird ungefähr in das dritte Viertel des 16. Jahrhunderts zu setzen sein. Der älteste Autor, bei dem ich eine solche Retorsionsformel gefunden habe, ist Wesenbeck.³⁸⁾ In einem von diesem besprochenen Rechtsfall hat ein Doktor J. L. zugetragen bekommen, der Bürgermeister A. D. habe ihn

³⁶⁾ Schrader findet die Erwiderung, der Beleidiger lüge wie ein Dieb u. s. w., ganz sachgemäss: *quia omnis is, qui confingit aliquid contra innocentem, quod illius honorem, famam vel existimationem laedit . . . , scelerate agit et furi, latroni ac proditori aequiparatur.* Diesen Grund Schraders hat Harpprecht nicht aufgenommen.

³⁷⁾ Nur Obrecht scheint schlechthin für erlaubt zu halten, dass der proditor nominatus den Beleidiger einfach *vicissim proditorem* vocat (cap. 2, n. 9 sqq., n. 17 l. c.), wohingegen wegen fehlender Gleichheit der Worte es dem, der fur vel adulter gescholten worden ist, nicht erlaubt sei, den andern fur vel nebulo zu schelten. — Noch weiter geht allerdings vielleicht Arumaeus, *Decision.*, lib. 2, dec. 13. In dem dort von ihm erörterten Falle hat Cajus den Titius einen perjurus genannt, Titius darauf regiert, *hoc ab ipso non ut viro bono, sed mendaci, perfido et scelesto ipsi imputari.* Arumaeus scheint diese Retorsion gutheissen zu wollen.

³⁸⁾ Resp., P. III, cons. 142, n. 47.

„öffentlich in der Apotheke und sonst bei Rathspersonen vor einen Schelm und Verräther gescholten und ausgetragen.“ Er retorquiert, dass er

„den Burgermeister und Andere, so ihne dermassen unerfindlich diffamieret und geschmähet hätten, vor solche Schelm und Verräther billig und nothwendig halten muste, biss er dieselbige Injurien uff ihne darthun und erweisen, welches sie, ob GOTT will, in Ewigkeit auch nicht erweisen und uffbringen werden können. Darmit Er den Sachen uff dissmal abgeholfen und das übrige dem Gericht und Rache des Allerhöchsten befohlen haben wolle“.

Zahlreiche Retorsionsformulare giebt Harpprecht an die Hand. In dem einen derselben³⁹⁾ lässt er den Retorquenten auf den Vorwurf, er habe den Bruder des Injurianten erschlagen, erwidern:

„So sage ich demnach zu notwendiger Rettung meiner Ehren, dass gedachter Titius . . . mir mit solcher falschen Zulag . . . Lügen zugemessen, auch solches alles vnwarhafftiger, erdichter vnd fälschlicher Weiss von mir aussgegossen, gesagt vnd geredt hat. Wil auch hiemit solches alles per relationem legitimam von mir hinweg getrieben vnd auff offt ernanten Titium, (und scil. andere Beleidiger) in jren eigenen Busen geschoben, vnd sie für solche hochsträfliche Ehrendieb vnd diejenigen Mörderischen Leut gehalten haben jmmer so lang vnnd viel, biss sie mit Ordentlichen Rechten gebürlichen darthun vnnd beybringen werden, dass ich . . vielgemeldten Cajum Mörderischer Weiss vmbs Leben gebracht, vnnd ertödtet habe, welches jhnen doch in alle Ewigkeit vnmüglich seyn vnnd bleiben solle.“

In einem anderen dieser Schemata giebt der durch die Äusserung „er sei ein Dieb und Schelm“, Beleidigte zurück, er werde den Beleidiger solange für einen Dieb und Schelm halten, bis dieser ihm den Beweis seiner injuriösen Behauptung erbracht habe.⁴⁰⁾ Wiederum in einem anderen spricht „Cajus Aquilius, der Zeit Fürstlicher Marggräfischer Obervogt zu N.“, sich folgender Gestalt aus:

³⁹⁾ l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 227.

⁴⁰⁾ l. c., n. 228.

„ . . . mir (ist) . . ein Famos Schrifft . . von Eusebio Colmanno zu N. vberschikt, darinnen ich . . . aussgeschrieen worden, als ob ich Cajus Aquilius mein Pitttschaft oder Insiegel heimlicher Tückischer vnd Ehrvergessener Weiss in Vergess gestelt, vnd jhm Colmanno sein Weib vnd Kind verführt, entführt vnd auffgehalten, vnd also nicht allein wider die Göttliche vnd Weltliche Recht, sondern auch Ehrnvergessentlich vnd Schelmisch gehandelt“ „darumb ich . . . alle obgeschriebene diffamationes vnd falsche Bezüchtigung jme Colmanno in sein schmachgierig Lestermaul, darauss sie geflossen, also würcklich wiederumb geschoben vnd retorquieret, auch jhne Colmannum selbsten für ein solchen tückischen vnd seiner Ehren, Pitttschaft, vnd Siegell vergessenen Mann, der wider die Göttliche vnnd Weltliche Recht Schelmisch vnd Ehrvergessenlich gehandelt, so lang . . . gehalten haben wil, biss er die ein, oder ander aussgesprengte vnd beschuldigte Vnthat, wie Recht ist, auff mich Aquilium erweisen wird, welches jhme doch in alle Ewigkeit vnmüglich seyn vnd bleiben solle.“⁴¹⁾

Überall in diesen Beispielen wiederholt also der Retorquent mit kleinlichster Genauigkeit den erlittenen Vorwurf, er bedient sich einer „Retourkutsche“; aber er beteuert, dass er den ihm widerfahrenen Vorwurf nur „zurückschiebe“; und damit genügt er der Vorschrift, dass nur eadem injuria retorquiert werden dürfe!

Dieser Gang der Dinge ist offenbar auf Rechnung der Notariatspraxis zu setzen, welche ja, wie unten näher auszuführen, einen wesentlichen Anteil an den Retorsionen hatte. Denn in den rein theoretischen Darstellungen habe ich bis Georg Obrecht nirgends die Anweisung entdecken können, dass man in der in Rede stehenden Art retorquieren dürfe. Auffallend ist namentlich, dass Harpprecht in seinen Ausführungen immer nur von dem »tu mentiris«, »tu mentiris ut fur« pp. spricht, während die von ihm beigegebenen »formulae in praxi hodie usitatae« bereits die Rückgabe der Injurie enthalten. Augenscheinlich ist hiernach die Retorsion längere Zeit in solcher Art praktisch geübt worden, ehe die Theorie auf diese Wendung aufmerksam

⁴¹⁾ l. c., n. 230.

wurde. Nachdem dann aber dieser *modus retorquendi* einmal eingebürgert war, kam den Juristen nicht in den Sinn, nun noch seine Rechtmässigkeit zu bezweifeln. Sie adoptierten ihn einfach: »*Si quis te furem vel adulterum appellat, negare debes te esse furem vel adulterum, et dicere potes injuriantem potius tam diu pro fure et adultero habendum, donec te talem esse probaverit*« — heisst es bei Obrecht.⁴²⁾

4. Allein damit nicht genug! In den Retorsionsschriften wimmelt es vielfach von Ausfällen gegen den Injurianten, deren Rechtscharakter schwerlich nachweisbar sein dürfte. Ganz naturgemäss! Wenn der beleidigte Biedermann entrüstet den ihm gemachten Vorwurf von sich ablehnte, dann konnte er sich nicht genug darin thun, sich dabei recht scharfer Worte zu bedienen und seiner Gehässigkeit möglichst deutlich Ausdruck zu geben. Eigentümlich aber ist, dass die juristische Welt keinerlei Anstand nahm, solche Ausschmückung der Retorsion passieren zu lassen. In den Retorsionsformeln z. B., die Harpprecht überliefert, läuft manches sehr Bedenkliche unter. So wirft in der einen Formel⁴³⁾ der Retorquent dem Injurianten Neid, Hass, Verkleinerungssucht vor und nennt ihn einen boshaftigen Calumniator; in der zweiten wirft er ihm Neid und Verbitterung vor;⁴⁴⁾ anderwärts⁴⁵⁾ erklärt er, der Injuriant habe unverschämter und vermessener Weise gelogen; wieder in einer anderen der Formeln schiebt er die Beleidigungen dem Injurianten in sein „schmachgierig Lestermaul“ zurück.⁴⁶⁾ In der letzten endlich⁴⁷⁾ heisst es: Injuriant hege gegen den Retorquenten teuflischen Neid und Hass.

So war die Retorsion zu einer Gelegenheit geworden, um unter dem Deckmantel der Ehrenrettung dem verhassten Beleidiger ungestraft möglich viele Grobheiten zu sagen!

V. Aus dem Notwehrcharakter der Retorsion ergab sich ein weiteres Requisit: Sie musste, um rechtmässig zu sein, in *continenti* oder *confestim*, non ex intervallo erfolgen; denn Akte, die nicht in *continenti* erfolgen, sind keine *justa defensio* mehr, sondern *vindicta*

⁴²⁾ l. c., cap. 2, n. 17. Ebenso Berens, l. c., disp. 14, th. 2, qu. 6, Additio.

⁴³⁾ l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 227.

⁴⁴⁾ ibid., n. 228.

⁴⁵⁾ ibid., n. 229.

⁴⁶⁾ ibid., n. 230. — S. oben S. 95.

⁴⁷⁾ ibid., n. 232.

oder ultio.⁴⁸⁾ Das in *continenti* bedeutet nun bei der Notwehr: „noch vor Abschluss des Angriffs“, *illico in ipsa concertatione ac congressu*.⁴⁹⁾ In diesem Sinne liess sich der Begriff bei der Retorsion nicht verwerten; denn hier handelt ja der Retorquent *post illatam injuriam*. Dieser Unterschied ist jener Zeit entgangen, wenigstens bereitet ihr die nähere Umschreibung des »in *continenti*« keine Sorgen. Die Retorsion wird für rechtzeitig erachtet, sofern sie in *praesenti temporis momento*, *sine mora*, während andauernder Erregung geschieht;⁵⁰⁾ ob dies im einzelnen Falle zugetroffen, das mag der Richter *boni viri arbitratu* ermessen.⁵¹⁾ Es verschlägt auch nichts, dass sich zwischen die *injuria* und die *retorsio* ein gewisses *intervallum* einschiebt, sofern nur der Beleidigte sobald als es ihm möglich war, die erforderlichen Schritte zur Abwehr der Injurie gethan hat und *eo tempore* thätig geworden ist, *quo retorquendi potestatem habere potuit*. Deshalb ist bei einer *injuria in absentem facta* die Retorsion dann rechtzeitig, wenn der Beleidigte sie vornimmt *quam primum id certo rescivit et cognovit injuriam sibi absentem illatam esse*.⁵²⁾ Von der Notwendigkeit, einen bestimmten Zeitabschnitt seit Aussprechen der Injurie einzuhalten, wissen unsere Schriftsteller nichts; nur Cothmann⁵³⁾ ist der formalistischen Ansicht: eine Antwort erfolge in *continenti*, sofern man sie an einem beliebigen Tage *intra praescriptionis tempus* abgebe.

Ganz deutlich zeigt sich hier, dass das »in *continenti*« bei der Retorsion seine eigenen Wege wandelt. Die Notwehr erfolgt „noch

⁴⁸⁾ Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 15, n. 8; Uranius Prenninger, Consil., Tom. I, cons. 14, n. 10; 27; Gaill, Pract. obs., lib. 2, obs. 100, n. 3, obs. 101, n. 5; Vigelius, Method. jur. contr., lib. 5, cap. 10, Exceptiones (hinter reg. 73), exc. 3; Method. pract. observ., lib. 3, cap. 26, n. 9; Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 4, n. 55; Bocier, Disput., cl. IV, disp. 4, th. 45, 46; cl. V, disp. 1, th. 33, 34; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 37, 38; Wesenbeck, Resp., P. V, cons. 239, n. 54; Gilhausen, De injur., § 5, n. 20; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 95, 96; n. 209; Obrecht, cap. 2, n. 15; Arumaeus, Exercit. Just., ex. 17, th. 17.

⁴⁹⁾ Obrecht, l. c., cap. 10, n. 19.

⁵⁰⁾ Cothmann, l. c., Vol. II, resp. 59, n. 131. *Votum octavum*, n. 23, bei Meichsner, l. c., lib. 1, dec. 29.

⁵¹⁾ Gaill, De pace publica, lib. 1, cap. 16, n. 13; Petreus, l. c., concl. 60; Gilhausen, De injur., § 5, n. 20.

⁵²⁾ Bocier, Disp., cl. IV, disp. 4, th. 46; cl. V, disp. 1, th. 35; Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 97; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 16 i. f. — Über das »in *continenti*« bei Retorsion durch Notar und Zeugen s. unten S. 102, III.

⁵³⁾ l. c., Vol. II, resp. 59 n. 134.

während —“, die Retorsion „gleich nach —“. Aber dennoch hausen beide in unserer Periode noch friedlich unter einem Dach. Übrigens setzte sich bereits in älterer Zeit die Praxis über das Erfordernis des »in continenti« mit Leichtigkeit hinweg. Bei Wesenbeck findet sich ein Fall, dass jemand, der bereits eine Injurienklage erhoben hat, noch nach Ablauf eines Jahres seit Klageerhebung diese selbe Injurie retorquiert. Wesenbeck findet in seinem Responsum hiergegen nichts zu erinnern, während er doch anderwärts (vgl. Anm. 48) sehr wohl das in continenti erfordert.⁵⁴⁾

VI. Die Retorsion ist zwar ein *remedium extrajudiciale, privata auctoritate adhibitum*. Es steht jedoch dem nichts im Wege, dass in *praesentia judicis, in consessu senatorio*, retorquiert werde.⁵⁵⁾

VII. Ob die Retorsion *privatim* oder *publice (palam)* zu erfolgen hat, hängt davon ab, ob die Injurie *inter privatos parietes* oder aber öffentlich ausgesprochen worden ist. Ersterenfalls würde in einer öffentlichen Retorsion eine Überschreitung des *moderamen inculpatae tutelae* liegen. Doch begründet die Zuziehung von Zeugen bei der Retorsion noch keine Publizität.⁵⁶⁾

§ 17.

4. Form der Retorsion.

I. Ist es das gute Recht des Bürgers, gewährleistet durch die Grundsätze über Notwehr, gewährleistet überdies speziell durch überkommene Rechtssatzung des Kaisers Justinian, wahrheitswidrige injuriöse Behauptungen Anderer als Lüge zu brandmarken und Jenen in ihren eigenen Busen zurückzuschieben, dann muss hierzu jedes Mittel, welches nur tauglich ist, auch erlaubt sein. Der Gescholtene mag, wie es ihm gut dünkt, mündlich, sei es *proprio*, sei es *alieno ore*, oder schriftlich dem Angreifer sein »*tu mentiris*« entgeschleudern; er mag den Weg der unmittelbaren persönlichen Verständigung wählen oder mittelbar durch Stellvertreter retorquieren. Dass eine oder die andere Form verboten sein solle, davon wissen ja die Quellen nichts.

⁵⁴⁾ Resp., P. III, cons. 142, n. 47.

⁵⁵⁾ Petreus, l. c., concl. 60, Text bei nota d.; Cothmann, l. c., Vol. V, resp. 47, n. 3; Valent. Arithmaeus, l. c., disp. 4, assert. 2, nota c.

⁵⁶⁾ Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 209.

Wie Wessenbeck (1531—1586) mitteilt,¹⁾ war es zu seiner Zeit nicht ungebrauchlich, den Injurianten mit zwei ehrbaren Männern zu beschicken, welche im Namen ihres Auftraggebers die Retorsion vollzogen. Aber mehr noch empfahl sich die Schriftform, nicht bloss dadurch, dass die Schrift dauerhafter ist als das in die Winde gesprochene Wort, sondern auch durch die grössere Nachdrücklichkeit, mit der sie auftritt; und diese Nachdrücklichkeit konnte noch um ein Bedeutendes gesteigert werden, wenn der Retorsionsakt mit einer gewissen Feierlichkeit umgeben wurde, wenn Zeugen zugezogen wurden, wenn von juristischer Hand ein formgerechtes *instrumentum retorsionis* ausgearbeitet und dieses nicht einfach von dem Retorquenten in Person dem Gegner übergeben, sondern durch eine Urkundsperson dem Beleidiger rite zugestellt wurde.

Erwägungen solcher Art werden es gewesen sein, welche es zu Stande brachten, dass die Retorsion aus der einfachen naturgemässen mündlichen Äusserung »tu mentiris« zu einer mit äusserster Wichtigkeit behandelten, pomphaft herausgeputzten Haupt- und Staatsaktion wurde. Kam zu einem Rechtsverständigen eine Partei, der eine Injurie zugefügt worden war, in der Absicht, den Beleidiger zu verklagen, so mochte sie von Jenem gewöhnlich den Rat bekommen, statt sich auf einen lang aussehenden Prozess einzulassen, lieber auf der Stelle von dem Retorsionsrecht Gebrauch zu machen, dem Gegner nachdrücklich zu versichern, dass er ein Lügner sei, — ein *remedium*, das überdies billiger war. Wer ausreichend schriftgewandt war, setzte dann wohl mit eigener Hand die »*scheda*« oder den »*libellus retorsionis*« auf und übersandte dies Schreiben dem Gegner, und um sich an dem Erfolge seines Thuns, an dem Ärger des Gegners, zu weiden, liess er das Schriftstück wohl durch zwei Zeugen überbringen und verlesen. Schriftgewandt waren aber damals recht wenige Leute. Auch war es nicht so ganz einfach, ein Retorsionslibell rite abzufassen. So war es naturgemäss, dass in den meisten Fällen die Parteien sich an die Notare, in deren Geschäftskreis ja die Abfassung von Urkunden aller Art fiel, zu dem Behufe wandten, um von diesen das Retorsionsschreiben konzipieren und unter der bei notariellen Geschäften üblichen Zuziehung zweier Zeugen dem Beleidiger übermitteln zu lassen. Über den ganzen Akt errichtete dann der Notar ein *instrumentum publicum*. So gewann

¹⁾ Responsa, P. III, cons. 142, n. 47.

der Retorquent, um mit Harpprecht zu reden, ein *perpetuum testimonium*, quo edocere posset, se injuriam sibi illatam non neglexisse, sed bona conscientia fretum in adversarium legitimo modo retorsisse. Übrigens konnte sich notarieller Unterstützung auch bedienen, wer das gesprochene Wort, etwa um durch die Betonung möglichste Malice hineinzulegen, der Schrift vorzog; er liess sich dann von dem Notar geleiten und durch denselben den Akt der Retorsion beurkunden. Leistete der Notar seine Dienste auch nicht ohne Entgelt, sondern »*interventu auri et argenti*«, so war dieser einmalige Betrag doch gering im Vergleich zu den Kosten eines Prozesses, die ins Ungemessene wachsen konnten.

Schon im Laufe des 16. Jahrhunderts muss sich die Gepflogenheit herausgebildet haben, Retorsionsinstrumente durch Notare zustellen zu lassen, wie aus Rutger Ruland²⁾ zu entnehmen. Eben dieser Autor freilich tadelt solchen Brauch; der Notar müsse sich hüten, *falcem in alienam messem mittere*, und dazu gehöre die Insinuation von Retorsions-schreiben; solche widerstreite gemeinen Rechten.³⁾ Allein er vermochte den von ihm gemissbilligten Brauch, die Zuziehung von Notaren zu dem Retorsionsgeschäft, nicht aufzuhalten. Ein Förderer des *modus retorquendi coram notario et testibus* war Matthaeus Wesenbeck. An seine Mitteilung, dass man behufs Übermittlung der Retorsion häufig den Injurianten mit zwei ehrbaren Männern beschieke,⁴⁾ knüpft er den Wunsch, die Retorsion möge lieber vor Notar und Zeugen vorgenommen werden. Die zwei ehrbaren Männer sollten in Gegenwart von Notar und Zeugen ihre Retorsion dem Injurianten ins Gesicht anbringen, alsdann den Notar bitten, alles zu instrumentieren, „was sie angetragen, wess sich Beklagter vernehmen lassen und wohin er sich erkläret“, und dieser solle demgemäss ein oder mehrere Instrumente über das Geschehene aufrichten. Um 1600 hatte sich die Gewohnheit, Notare zuzuziehen, weit und breit Eingang verschafft, ohne dass übrigens auf die Art und Weise, in welcher sich die Notare an dem Akt beteiligten, Gewicht gelegt worden wäre. So bezeugt Bocer,⁵⁾ dass die Retorsionen usuell entweder dergestalt geschähen, dass die Retorsion zwar (durch den Retorquenten oder einen Stellvertreter) mündlich ausgesprochen werde, der Notar aber hierbei gegenwärtig sei und über

²⁾ Tractat. de commissariis, p. 2, lib. 5, cap. 7, n. 4.

³⁾ l. c., n. 3, 4.

⁴⁾ s. oben bei Anm. 1.

⁵⁾ Disputat., cl. IV, disp. 4, th. 46.

den Akt ein Libell errichte und dem Injurianten insinuiere, oder so, dass dem Notar ein von dem Retorquenten selbst oder von anderer Hand (das mag privatschriftlich oder auch durch den Notar selbst geschehen sein) aufgesetztes Retorsionsschreiben eingehändigt werde und derselbe dieses dann dem obtrectator übergebe. Denen, qui bene sibi in futurum consulere volunt, rät Bocér ausserdem an, durch den Notar auch ein für den Retorquenten bestimmtes Protokoll über die *retorsio legitime facta* aufnehmen zu lassen und dasselbe aufzubewahren oder aufbewahren zu lassen. Die schriftliche Retorsion per notarium pflegte nach dem Zeugnis desselben Autors⁶⁾ insbesondere dann vielfach gewählt zu werden, wenn die *injuria* in *absentem* erfolgt war und der Geschmähte in dem Augenblick, in dem ihm die Beleidigung hinterbracht wurde, den Gegner nicht persönlich vor sich hatte. Johannes Harpprecht endlich erklärt für den *modus omnium utilis- simus, tutissimus, expeditissimus* den, *ut injuria verballi affectus notario et testibus ad id singulariter convocatis libellum retorsionis rite conceptum suaque propria manu subscriptum exhibeat et ab eodem notario palam legendum curet. Qua lectione et publicatione libelli coram testibus facta . . sive rogandus est notarius ab injuriato, ut iisdem aliisve testibus adhibitis injurianti praedictum libellum nomine injuriati legitime insinuet illiusque responsum desuper factum diligenter in notam sumat et publicum instrumentum super his omnibus conficiat atque injuriato asservandum tradat.*⁷⁾ Also schriftliche Retorsion mit Verlesen des Libellinhalts vor Zeugen, Zustellung an den Beleidiger und Errichtung eines Protokolls.

Hatten sich so nach und nach die vorgedachten Formen ausgebildet, so bleibt doch hervorzuheben, dass die ursprüngliche Formfreiheit nicht verloren ging. Nur erfreuten sich die notarielle und die schriftliche Form besonderer Gunst.

II. Wurde die Retorsion schriftlich vorgenommen, dann war ganz von selbst die Notwendigkeit gegeben, dem Gegner auseinanderzusetzen, auf welches Vorkommnis sich die Retorsion beziehe, weswegen er Lügner gescholten werde; dem »tu mentiris« musste eine Geschichtserzählung vorausgeschickt werden. Diese letztere fiel, wie man sich denken kann, gewöhnlich nicht knapp aus. Je gründlicher und um-

⁶⁾ cl. V, disp. 1, th. 35.

⁷⁾ l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 211.

ständlicher das Faktum erzählt wurde, um so wirkungsvoller musste die Retorsion erscheinen. Da nun weiter die Formalien hinzutraten, — Benennung des Adressaten und des Retorquenten, Eingangs- und Schlussworte u. s. w., — so schwoll der Umfang des Retorsionslibells nicht unbeträchtlich an.

Über das, was notwendig in letzterem enthalten sein müsse, spricht Joh. Harpprecht sich des Längeren aus.⁸⁾ Danach muss darin eine certa et specialis injuria angeführt werden; fehlt die genaue Angabe der Beleidigung, so wird durch die Retorsion nichts ausgerichtet. Es muss ferner eine certa persona, cui mentita datur, namhaft gemacht sein. Volle Namensnennung ist geboten: schickt man dem Titius ein Libell zu des Inhalts: »Scio et expertus sum, quod aliquis me furti arguerit; . . dico, quod, quisquis ille sit, mentitus sit —«: nihil operabitur. Der libellus muss clarus et perspicuus sein, ut reus deliberare possit, utrum cedere an contendere debeat; anderenfalls censetur nullus. Nicht üblich war es nach Harpprecht, Zeit und Ort der begangenen Injurie zu erwähnen. Harpprecht selbst jedoch hält Libelle, welche hierüber keine Angaben enthalten, für mangelhaft und die so geschehenen Retorsionen für unwirksam.

III. Dem Erfordernis, dass in continenti retorquierte werde, genügte derjenige, welcher solenniter per scripturam et notarium injuriam regerere volebat, dadurch, dass er *eo tempore* retorquierte, *quo notarium ad insinuandam injurianti retorsionem commode habere potuit.*⁹⁾ Er musste sich also stehenden Fusses aufmachen, um einen Notar aufzusuchen. That er dies, dann war seine defensio eine rechtzeitige.

IV. Hier möge schliesslich eine der überlieferten Retorsionsformeln ihre Stelle finden. Sie zeigt — una pro multis — wie ungeheuerlich sich die (erlaubte!) Retorsion allmählich gestaltet hatte. — Sie lautet:¹⁰⁾

„Vor euch, Herrn Notario, und den glaubwürdigen hierzu insonderheit beruffenen vnnnd erbettenen Gezeugen, erscheine ich Pomponius N. Bürger zu Eßlingen, vnd füge euch hiermit zu vernemen.

„Wiewol ich mich auß Verleyhung Gottes des Allmächtigen, von den Jahren meines Verstands an, je vnd allwegen biß auff diese Stundt (ohne vnzimlichen Rhum zu schreiben) als einem aufrechten, ehrlichen Bidermann

⁸⁾ l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 195—206.

⁹⁾ Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 97.

¹⁰⁾ Harpprecht, l. c., Forma II (n. 228).

eignet, zustehet, vnd gebührt, bewiesen vnd erzeigt. Dannenhero auch die Zeit meines Lebens einiges vnerbarn oder vnredlichen Stücks, mit Grund der Wahrheit niemals bezüchtiget, oder Rechtlichen überwunden worden. Veneben aber in den gemeinen geschribenen so Geistlichen, so Weltlichen Rechten heilsamlich vnnnd wol versehen, auch bey hohen deßhalben sonderbahren aufgesetzten Straffen ernstlich verbotten, daß keiner, was Standz oder Wesens auch der seye, den andern vnverschuldter Sachen, vnnnd wider Recht, mit Worten oder Wercken, an seinem guten Leimuth, Namen vnnnd wolhergebrachten Ehren, schmählich antasten vnnnd beschreyen, sonder welcher zu dem andern einige Spruch oder Klag zu haben, vnnnd sich beschwerdt zu seyn vermeindt, solches an gebührenden Orten anbringen, vnnnd güttlicher oder rechtlicher Weiß außführen solle. Dessen jedoch alles vnangesehen vnnnd vnerwogen, so hat sich Maevius N. Einwohner zu Candtstatt, fräffenlicher vnnnd hochsträfflicher Weiß gelüsten lassen, mich in einem Schreiben, so er den 18. Martii an Titium N. Bürger zu Reitlingen abgehen lassen, einen losen Dieb vnnnd Schelmen zu nennen.

„Wann aber ich (als dem sein guter Nam, Glimpff vnnnd Ehr, nicht weniger, sonder höher, als sein eigen Leib vnnnd Leben angelegen) obgemelte ganz hohe Antastung vnd zugesügte atrocissimam injuriam, so bald ich selbige eigener Person auß angezogenem famos Schreiben beleidigtes Herzens vernommen, mit eusserster Bekümmernus zu Gemüth vnnnd Herzen geführt, auch selbige nochmals hiemit ad animum schmerzlich vnd bekümmertlich revociren thue: So hab ich demnach keinen längeren Umbgang haben können, die dieses Orts erlaubte, vnd zu getrugner meiner Ehren defension, jimmer ersprißliche gebührende Mittel würcklich zu gebrauchen, vnnnd damit meinen wolhergebrachten ehrlichen Namen gebürlich vnd rechtmässig zu verwahren vnd zu schützen.

„Schreib vnd sag hierauff zu nothwendiger Rettung meiner Ehren, doch nicht animo injuriandi, sondern enig vnd allein animo defendendi honorem meum, de quo expressè et solenniter protestor: daß obgedachter Maevius N. mit oberzehlter auß lauterm gefaßten Meyd vnd Verbitterung, selbst erdichter Lügenhaffter Ehrenschändung vnnnd Bezüg, mir wissentlich zu viel Gewalt vnnnd Vnrecht gethan, so weder er selber, noch jemand anderer auff diser Erden, er habe gleich Namen wie er wölle, mit Wahrheit auff mich beybringen, noch dardun würde, sonder er Maevius leugt mich zur Vnschuldt schändtlich an, als ein vermessener, hochsträfflicher Ehrendieb, wie ich jn auch hiemit selber für einen solchen losen Dieb, vnnnd Schelmen, in massen er von mir schriftlich außgossen vnd anderst nicht, so lang vnnnd viel halten thue, biß

er ein solchen hochverweißlichen Verzücht, welches ihme doch (ob Gott will) in alle Ewigkeit fehlen vnd unmöglich seyn würdt, wider mich, wie sichs zu Recht gebührt, würdt erweisen vnd darthun. Will auch hiemit solche schmählliche, vnwarhaffte, vnd erdichte Zulagen, auß Ehrliebenden Gemüth zu billicher vnd genöttigter Rettung meiner wolhergebrachten Ehren vnd guten Namens nach Rechtlicher Zulassung, durch jetzt gethane gebürliche Retorsion ab mir gelegt, vnd vielmeldtem Maevio in seinen selbsteigenen Busen (darauß solche selbst erdichte abscheuliche Schmähung herkommen) beständiglich retorquiret vnd geschoben, welche auch auff ihme, als vnbillichen Injurianten, diffamanten, vnd Ehrendieb, wie nächst gemeldt, ersitzen werden bleiben.

„Endtlich weil ich auch nicht vnzeitig die Fürsorg tragen muß, daß viel vnd oftgedachter Maevius, mit oberzehlten an mir geübten hochsträfflichen Frevel vnd Muthwillen nicht ersättiget seyn, sondern fortfahren, vnd sein notoriè erscheinendes schmachgieriges Gemüth an mir noch weiters zu erkühlen, sich vermessenlich gelüsten lassen möchte: Also will ich diß von ihme ins künfftig befahrtes Ehren verleglichs Außschreyen, vnd antasten, hiemit vnd in Krafft dieser offenen Schrift auff solchen Fall zu Gemüth gezogen, auch zu obligender genugsamer Rettung vnd Beschirmung meiner Ehren jetzt als dann, vnd dann als jetzt, in der besten vnd beständigsten Form, wie solches von Rechts wegen zum fürständigsten jimmer geschehen soll, kan oder mag, semel pro semper retorquiret, vnd mich hierdurch wider alles sein diffamiren, schänden vnd schmähen, nottürfftig defendirt vnd verwahrt haben.

„Darauf thue ich euch Herrn Notario diese meine rechtmäßige Retorsion Schrift zu ewern Händen, vbergeben, euch auch in Krafft ewers geschwornen Notariat Ampts requiriren vnd erfordern, daß ihr selbige (wo möglich) obgedachtem Maevio, in beysein zweyer glaubhaffter Gezeugen verständtlich für vnd ablesen, oder doch zum wenigsten solche gebürlicher, vnd euch wolbewußter Weiß, Brkündtlich insinuiren, mir auch folgendes ewerer Insinuation, vnd Wörtlichen Inhalts dieser euch vbergebenen Schrift, eines oder mehr glaubwürdige Instrumenta (gegen danckbarer Erstattung ewers Verdiensts) verfertigen, vnd zustellen wöllet. Wie ihr dann solches alles ewrer discretion nach der Gebühr zu verrichten wol wissen werdet. Dessen zu Brkundt hab ich mich mit eygenen Händen vndergeschrieben, vnd mein eigen gewöhnlich Pitttschaft hierunden fürgetruet, Actum, &c.

Pomponius N. Burger zu Eßlingen, subscripsit.“

Auf dieses Schriftstück setzt sodann der Notar seinen Insinuationsvermerk. Derselbe lautet¹¹⁾:

„Insinuirt durch mich Theophilum N. Keyserlichen geschwornen Notarium zu N. in beysein und Gegenwertigkeit der Erbarn und Wolbescheiden N. und N. Als Glaubwürdiger hierzu insonderheit erbettener Gezeugen.

Actum Frankfurt Montags den 8. Augusti, Anno Sechzehnhundert vnnnd achte, vmb die vier Uhren nach Mittag.“

§ 18.

5. Die Parteien bei der Retorsion.

Überblickt man das von der Retorsion bisher entrollte Bild, so kann man mit Fug sagen: die Retorsion war im Laufe der Zeiten zu einem (einseitigen) Rechtsgeschäft geworden. Sie trat der Testamenterrichtung, der Okkupation, der operis novi nunciatio u. s. w. gleichberechtigt an die Seite. Als ein Akt des bürgerlichen Rechtslebens musste sie sich dann aber auch gefallen lassen, ganz nach privatrechtlichen Gesichtspunkten behandelt zu werden. Der Erste, der diese Konsequenz wenn auch nicht bewusst zog, so doch bethätigte, war Harpprecht. Mit grosser Ausführlichkeit bespricht er die Fragen:

Wer darf retorquieren? und

Gegen wen darf man retorquieren?¹⁾

I. Retorsionsberechtigt sind nach ihm der minor XXV annis etiam absque curatoris sui consensu,²⁾ sowie der filius familias etiam patre dissentiente.³⁾ Auch dem deportatus ist die Retorsion nicht zu versagen.⁴⁾ Desgleichen ist der infamis durch seine Infamie an sich nicht gehindert, eine ihm zugefügte Beleidigung zu retorquieren; wird ihm

¹¹⁾ Harpprecht, l. c., n. 233.

¹⁾ Es könnte scheinen, als sei das Folgende nicht wert, referiert zu werden. Allein gerade diese kleinen Züge dürfen dem Bilde nicht fehlen. Gerade sie veranschaulichen sehr deutlich den abwegigen Charakter des damaligen Retorsionsrechts.

²⁾ Harpprecht, l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 127 sqq. — Denn: Sogar die a brutis animalibus unternommene defensio ist justa et legitima nach l. 1 § 11 D. si quadr. paup. f. d. 9, 1; um so mehr muss die Retorsion einem minor zustehen. Überdies bedarf es nach genereller Regel für den Minderjährigen der auctoritas oder des consensus dann nicht, wenn Handlungen in Frage stehen, durch welche condicio ejus non deterior, sed melior fit: zu diesen gehört aber die Retorsion.

³⁾ Harpprecht, l. c., n. 130—134.

⁴⁾ l. c., n. 153—157.

freilich gerade seine Infamie vorgeworfen, dann hat die Retorsion nicht statt; denn dann trifft ja die Voraussetzung der Retorsion, dass der Vorwurf unwahr gewesen,⁵⁾ nicht zu.⁶⁾ Unzugänglich ist die Retorsion dem, der in Acht und Bann verfallen ist, ob *crimen fractae pacis publicae ab imperatore vel camera imperiali proscriptus sive ban-nitus est*; denn ihn darf man ja sogar töten, um so mehr ist es erlaubt, ihn zu schmähen; daher die *offensio licita, defensio illicita*.⁷⁾

Harpprecht erörtert ferner die Statthaftigkeit der Stellvertretung auf Seiten des Retorquenten. Stellvertretung im Willen dergestalt, dass der Vater die dem *filius familias*, der Ehemann die der Ehefrau widerfahrene Injurie im Namen des bzw. der Beleidigten retorquieren könnte, lässt er nicht zu; denn jedwede *purgatio a crimine fieri non potest nisi per eum ipsum, qui criminis alicujus insimulatur*; daher *retorsio a patre filii nomine suscepta nullum purgationis effectum in persona filii prodecere poterit*.⁸⁾ Sind die Gewalthaber selbst mittelbar durch die dem Sohne bzw. der Ehegattin zugefügte Injurie verletzt, dann steht natürlich einer von ihnen *proprio nomine* vorgenommenen Retorsion nichts im Wege. Stellvertretung in der Erklärung ist durchaus gestattet. *Expediti enim juris est omnia negotia per procuratorem expediri posse; quos quis per alium facit, ipse fecisse videtur*.⁹⁾ Doch darf derjenige, welcher beauftragt ist, die Injurienklage anzustrengen, nicht statt dessen zur Retorsion greifen.¹⁰⁾ Generalmandat genügt nicht, der Retorquent muss vielmehr seinen Vertreter mit einem *madatum speciale* versehen.¹¹⁾

II. Die Antwort auf die Frage, gegen wen retorquiert werden darf, ergiebt sich aus dem Wesen der Retorsion als einer *species defensionis*: sie ist grundsätzlich statthaft gegen jeden Angreifer, *non adversus humiles tantum, sed etiam egregias et in dignitate constitutas personas*.¹²⁾ Daher kann auch der *filius adversus patrem*, der *discipulus adversus praeceptorem* sich der Retorsion bedienen, natürlich nur, insoweit auf

⁵⁾ s. oben § 15, III.

⁶⁾ Harpprecht, l. c., n. 164.

⁷⁾ *ibid.*, n. 158—161.

⁸⁾ *ibid.*, n. 135—140; n. 141—142.

⁹⁾ *ibid.*, n. 146, 149.

¹⁰⁾ *ibid.*, n. 143—145.

¹¹⁾ *ibid.*, n. 150—152, 148.

¹²⁾ *ibid.*, n. 166.

Seiten des Vaters bzw. Lehrers eine Injurie vorliegt, und nicht vielmehr nur eine erlaubte Ausübung des *jus corrigendi et castigandi*.¹³⁾ Das Entsprechende gilt für die Retorsion von Beleidigungen, welche ein Magistratus sich zu Schulden kommen lässt.¹⁴⁾ Ebenso ist das vasallitische Verhältnis, in dem der Injuriat zum Injurianten steht, für Ersteren kein Hindernis, sich der Retorsion zu bedienen.¹⁵⁾

Ist die Injurie auf Anstiftung seitens eines Dritten zurückzuführen, so ist Retorsion sowohl gegen den Thäter, als auch gegen den Anstifter statthaft.¹⁶⁾

§ 19.

6. Dauer des *jus retorsionis*.

Die Frage, ob das Retorsionsrecht an eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist geknüpft sei, ist vor Johannes Harpprecht wohl nicht erörtert worden. Dieser Autor aber begrenzte jenes Recht zeitlich: nur ein Jahr lang *a tempore injuriae illatae* solle Retorsion möglich sein. Dies deswegen, weil ja auch die Injurienklage durch einjährigen Zeitablauf erlösche. Harpprecht gelangt hierbei zu einem logischen Schlusse allerdings nur vermittelt eines *Quidproquo*; er lässt verjähren nicht die *actio injuriarum*, sondern die *injuria* selbst

— »*non dubii juris est injuriam verbalem annuo spatio extinguere*« —

und folgert dann, dass, wenn demgemäss nach einem Jahre eine *injuria* nicht mehr in mundo sei, die Retorsion von da ab gegenstandslos sei.¹⁾

§ 20.

7. Wirkungen der Retorsion.

Die Italiener hatten von einer selbständigen Wirkung der Retorsion nichts gewusst.¹⁾ Die Erörterung über die Bestrafung der Beteiligten war bei ihnen immer sofort umgeschlagen in Ausführungen über Injurienkompensation. Auch in Deutschland dachte man

¹³⁾ *ibid.*, n. 167—172.

¹⁴⁾ Lud. Schrader bei Kirchhoff, Vol. I, cons. 40, n. 68; Harpprecht, l. c., n. 173—175.

¹⁵⁾ Lud. Schrader, *ibid.*, n. 68; Harpprecht, *ibid.*, n. 176—181.

¹⁶⁾ Harpprecht, *ibid.*, n. 182—183.

¹⁾ Harpprecht, *ibid.*, n. 215—218.

¹⁾ S. oben § 11, S. 50—51, und unten Nachtrag (über Bartolus).

zunächst nicht daran, etwa dem Beleidigten um deswillen die Injurienklage zu versagen, weil er retorquierte hatte. War ja doch die Retorsion nach allgemeiner Auffassung nur eine *defensio licita*; und so wenig man der thätlichen Notwehr gegen Realinjurien klagezerstörende Wirkung beilegte, so wenig war *prima facie* ein Anlass gegeben, wörtliche Notwehr gegen Verbalinjurien mit solcher Wirkung auszustatten. So giebt Petreus²⁾ anstandslos dem Retorquenten die Injurienklage. Desgleichen weiss Ludolf Schrader³⁾ noch nichts davon, dass der Retorquent seiner Klage beraubt sei. Cothmann ventilirt die Frage, ob man denn nicht folgern müsse: Durch die Retorsion ist die *vindicta expleta*, die *injuria abolita*, dem Kläger *satisfactum* — folglich ist die *actio injuriarum* als fortan gegenstandslos für beseitigt anzusehen. Aber er lehnt solche Deduktion als grundlos ab: denn die *retorsio* habe ja gar nicht eine *vindicta* zum Ziele; es stehe durchaus fest, *injuria adfectum non solum retorquitione uti, sed et eo amplius judiciaria via per actionem injurias illatas ulcisci posse*; dadurch, dass man eine Verbalinjurie abwehre, begebe man sich in keiner Weise der Befugnis, im Wege der ordentlichen Klage Genugthuung zu fordern.⁴⁾ Ebenso will Arumaeus⁵⁾ den ersten Angreifer ungeachtet der Retorsion bestraft wissen.

Aber noch zu Lebzeiten der Letztgenannten begann die gegenteilige Ansicht ihren Siegeslauf, und zwar alsbald unter fast ungeteiltem Beifall der juristischen Welt. Die Tübinger Professoren Heinrich Bocer (1561—1630) und Johannes Harpprecht (1560—1639) gelangten um das Jahr 1600 ungefähr gleichzeitig und von einander unabhängig⁶⁾ zu dem Resultat, dass rechtmässige Retorsion die Injurienklage des Retorquenten tilge. Sie rezipierten hiermit einen Satz, den vor ihnen französische Juristen aufgestellt hatten.

In Frankreich hatte gelegentlich Andreas Alciatus⁷⁾ von einer *consuetudo* gesprochen »*ut qui adversarium mentiri dixerit, nihil ultra quaerat, sed exoneratus sit honoremque suum*

²⁾ l. c., concl. 60, nota e. (»solum provocatum agere posse«).

³⁾ bei Kirchhoff, Vol. I, cons. 40.

⁴⁾ l. c., Vol. II, resp. 59, n. 167, 182, 204—207; Vol. III, resp. 4, n. 101, 102.

⁵⁾ Decisiones, lib. 2, dec. 13, n. 65, 69.

⁶⁾ Dies ist anzunehmen nach Bocer, De fam. lib., cap. 3, n. 45.

⁷⁾ Consilium in materia duelli, abgedruckt hinter dem Liber de singulari certamine desselben Autors, Venetiis 1544, pag. 85—86.

salvum habeat«; er hatte dieselbe gebilligt und daraus entnommen, dass infolge der Retorsion nunmehr der erste Angreifer die Wahrheit seiner Behauptung beweisen müsse. Davon, dass die Retorsion die actio injuriarum vernichte, steht in der Stelle nichts. Später fasste man jedoch den Passus »nihil ultra quaerat« als in diesem Sinne gemeint auf.

Thatsächlich legte dagegen Guilielmus Onciacus⁸⁾ der Retorsion klagezerstörliche Wirkung bei; jedoch unter einem anderen Gesichtspunkt. »Inciviliter apud judicem queritur«, meint er, »qui ipse sibi jureque judex exstitit et ultor«: und dies finde Anwendung auf den Beleidigten, der durch die Äusserung »tu mentiris« injuriam incontinenti excussit. Also der Retorquent ist der ordentlichen Rechtsmittel unwürdig, weil er sich im Wege der Rache Genugthuung verschafft hat.

Völlig ausgeprägt erscheint diese Ansicht bei Antonius Faber in Anlehnung an eine gleichinhaltliche Entscheidung des Senats von Savoyen vom Jahre 1594.⁹⁾ Sie tritt hier auf in der Fassung: »Pro injuria, quam quis propria autoritate vindicaverit, postea injuriarum agere non potest«, und die Begründung lautet: »qui sibi jus dixit in eoque jus dicentis auctoritatem, quam implorare debuerat, neglexit, indignus est, qui legis aut magistratus opem sentiat«. Daneben wird allerdings auch noch der Kompensationsgedanke herangezogen.¹⁰⁾

Auf diese drei Autoren beriefen sich jetzt Bocer und Harpprecht, indem sie ausserdem noch, freilich mit Unrecht,¹¹⁾ das Wort des Bartolus

„Per verbum »tu mentiris« omnis injuria verbalis tollitur,
ac si dicta non fuisset“

in ihrem Sinne deuteten.

Bocer spricht in Kürze in seinen Disputationen¹²⁾ die These aus, dass »*legitima retorsione aboletur verbalium injuriarum actio*«. Den Grund findet er in den bei Bartolus und Alciatus einesteils, bei Onciacus und Faber anderenteils aufgetauchten Gesichtspunkten, dass die Ehre gerettet, also keine Ursache zur Klage mehr vorhanden,

⁸⁾ Quaestiones jur.-philosophicae, qu. 4, n. 5.

⁹⁾ Codex Fabrianus, Lib. 9, tit. 20, De injur., defin. 8.

¹⁰⁾ ibid., nota 6.

¹¹⁾ S. unten Nachtrag, zu § 11 S. 50—51.

¹²⁾ cl. IV, disp. 4, th. 78.

und dass der Retorquent ultor, also der ordentlichen Rechtsbehelfe unteilhaftig sei. Was hier summarisch angedeutet ist, führt der Autor in seinem Commentarius in l. un. C. de famosis libellis¹³⁾ eingehender aus. Auch Harpprecht widmet dieser Frage in seinem Tractatus criminalis¹⁴⁾ eine ausführliche Erörterung. Der Inhalt der Darstellungen beider Autoren ist im Wesentlichen folgender:

1. Durch die Retorsion hat der Beleidigte sich von der Verdächtigung gereinigt, seine Ehre unbefleckt erhalten; folglich injuria perempta est, und mit ihr ist die Injurienklage untergegangen.
2. Der Injuriat ist als ultor injuriae aufgetreten, ipsi sibi jus dixit et jus dicentis auctoritatem, quam implorare debuerat, neglexit, ist somit behördlichen Schutzes unwürdig, indignus, qui insuper legis et magistratus auctoritatem sentiat.
3. Der Retorquent hat seine vindicta bereits selbst vollzogen; für weitere vindicta injuriae ist also kein Raum mehr: sie hat sich erledigt.
4. Remedia ex uno eodemque facto competentia, ad unam eandemque rem s. finem tendentia können nur elektiv gebraucht werden. Die Retorsion und die Injurienklage erwachsen nun ex una eademque injuria, und beider Ziel ist das gleiche: tendunt ambo ad contumeliam expellendam et amovendam. Inde consequitur, adhibito retorsionis remedio non amplius competere actionem injuriarum. Freilich ist durch die Retorsion dem Beleidigten weniger geholfen, als durch die Injurienklage: sein eigenes retorquendo geäußertes Urteil, privatum ejus vindictae arbitrium, non aequè ipsum a suspicione objecti criminis liberat, ac si judex publice in judicio pronunciat. Sind beide remedia aber auch in ihrer äusseren Erscheinung verschieden, so ist doch insofern ihr Effekt der gleiche, als die contumelia beseitigt wird. Ferner kann auch nicht in die Wagschale fallen, dass die actio injuriarum mit Rücksicht darauf »plenior«, »pinguior« ist als die Retorsion, dass sie dem Beleidigten pekuniären Gewinn, die aestimatio injuriae, in den Schoss wirft; denn zu solcher Schätzung ist nach erfolgter Retorsion schlechterdings keine Möglichkeit mehr vorhanden; durch die Retorsion ist ja die Injurie aus der Welt

¹³⁾ cap. 3, n. 45 sqq.

¹⁴⁾ § Haec actio (12) J. de injur., n. 78 sqq.

geschafft, — nihil est reliquum, quod aestimari possit. Endlich lässt sich, um die kumulative Konkurrenz der Klage und der Retorsion zu retten, auch nicht die Analogie der actio ad palinodiam (recantatoria) anführen, die ja mit der aestimatoria zusammen angestrengt werden darf. Denn da durch die Retorsion die injuria bereits vollständig erloschen ist, ist sie eben nicht mehr fähig, einer Klage zur Grundlage zu dienen: Omnis actio extinguitur retorsione facta.

In Bocers Sinne hat, wie dieser berichtet, einige Male auch der höchste Gerichtshof von Württemberg entschieden.

So war man bei dem Resultat angelangt, dass im Falle berechtigter Retorsion keiner von beiden Teilen bestraft wird: der Retorquent nicht, weil er nicht delinquierte, der erste Angreifer nicht, weil der Retorquent seiner Klage gegen ihn verlustig gegangen ist. Von dem Falle unberechtigter Retorsion ist nirgends die Rede.

Von jetzt ab galt als der »principalis retorsionis legitime interpositae effectus« der, »ut injuriarum actionem elidat«: die Retorsion figurirt in den Schriften der Juristen fortan unter den modi tollendae obligationis injuriarum.

II. Kompensation.

§ 21.

I. Deliktiskompensation im allgemeinen.

Bei den Italienern lag, wie oben dargethan, gerade die Kompensationslehre sehr im Argen. Die deutsche Jurisprudenz schuf hier Besserung. Ohne eigene neue schöpferische Gedanken, ohne immer den quellenmässigen Sinn zu treffen, beseitigte sie doch die Disharmonieen der italienischen Litteratur; die Sätze, zu denen ihre communis opinio gelangte, waren nicht neu, aber sie vertrugen sich mit einander.

I. Zunächst wurde im Anschluss an die von Jacobus de Arena inaugurierte, später besonders von Panormitanus geteilte Ansicht, im Gegensatz zu der von Durantis vertretenen Meinung, kriminelle Bestrafung der Straftthaten der Herrschaft der Deliktiskompensationen überhaupt entrissen: keine compensatio in praejudicium fisci. So schon Perneder unter Berufung auf Panormitanus. Er behandelt den

Fall, dass zwei Ehegatten beide Ehebruch begangen haben, oder der Ehemann der Kuppelei, die Ehefrau des Ehebruchs schuldig ist:

„In solchen Fällen wirdet ein Verbrechen gegen dem andern gleich compensiert vnd auffgehebt“, aber „allain im Fall, darinn burgerlich auff Eeschaidung vnd zu ertailung des heyratguts vnd der widerleg (— Widerlage —) oder anders Interesse geklagt“ wird; dagegen „so die Eebrüchigen personen peinlich angeklagt werden“, werden „både Eepersonen als peen fellig nach Satzung weltlicher Recht gestrafft“. ¹⁾

An dem Satze, dass eine *compensatio delictorum exstinctiva poenae* bei krimineller Anklage, in *publicis judiciis*, ubi non *privatorum jus*, sed *publica vindicta ad coercenda maleficia spectatur*, ubi *criminaliter ad poenam fisco applicandam agitur*, nicht statthabe, hielt auch weiterhin die Jurisprudenz einhellig fest, ²⁾ wohingegen die (unechte) *compensatio »exclusiva personae accusatoris«* zugelassen wurde. ³⁾

Für die Deliktskompensation in Ansehung der civilen Strafklage — *si ex delicto pecuniarie agatur ad poenam parti applicandam* — griff die deutsche Wissenschaft, meist die Kompensation der debita ex maleficiis scharf getrennt haltend, ⁴⁾ schlechterdings das Identitätsmoment auf: *Delicta commissa circa idem et unum factum* werden kompensiert; dagegen nicht *delicta, quae circa diversa committuntur*. ⁵⁾ Der Kreis der kompensabeln Delikte wird bisweilen in der Weise erweitert, dass auch bei *diversitas* Kompensation zugelassen wird, sofern nur die *delicta adeo connexa sunt, ut tendunt ad unum atque eundem finem*. ⁶⁾ Als Beispiel für Diversität der *delicta* dient der

¹⁾ Halsgerichtsordnung, Ingolstadt 1556, fol. 10v.—11v.

²⁾ M. Uranius Prenninger, *Lecturae*, ad cap. *Dilecti X. de exception.*, n. 14, 17; Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 15, n. 1, 2; Wesenbeck, *Comment. in Pand.*, ad tit. *D. de compens.* 16,2, n. 5; Schneidewin, l. c., ad tit. *J. de action.* 4, 6, § *Bonae fidei*, n. 22; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 20, 57, 58, 60; Zanger, *Tractat. de exception.*, p. 3, cap. 8, n. 90; Harpprecht, l. c., § *Injuria autem* (1) *J. de injur.*, n. 92; Scheffer, *Quaestion.*, p. 3, qu. 2, n. 7, 9.

³⁾ Uranius Prenninger, *ibid.*, n. 14, 17.

⁴⁾ Zanger, l. c., p. 3, cap. 8, n. 84 sqq., 121 sqq.; Harpprecht, *ibid.*, n. 93.

⁵⁾ Uranius Prenninger, *ibid.*, n. 17; *Consilia*, Tom. I, cons. 14, n. 31; Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 15, n. 3; Schneidewin, l. c., ad tit. *J. de injur.* 4,4, n. 12; Modestinus Pistoris, *Consil.*, Vol. I, cons. 34, n. 21, Vol. II, cons. 3, n. 36; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 21; Zanger, l. c., p. 3, cap. 8, n. 85, 88—89; Harpprecht, l. c., § *Injuria autem* (1) *J. de injur.*, n. 92.

⁶⁾ Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 21, 22.

Fall, dass A dem B eine Sache gestohlen hat, und B seinerseits dem A eine andere gestohlen hat.⁷⁾ Modestinus Pistoris legt zur Beurteilung der *diversitas* auf Begehungsort und -Zeit Gewicht.⁸⁾ Im Übrigen ist den Problemen der Identität, Diversität, Konnexität nicht näher getreten worden; doch ist die praktische Anwendung für die Injurienkompensation, wie sich unten zeigen wird, eine sehr einfache.

Bisweilen wird das Erfordernis der *paritas delictorum* betont: die Delikte müssen *paria* sein »in quantitate et in qualitate«; daher namentlich die Grade des Verschuldens auf beiden Seiten gleich, und beide Teile desselben Delikts schuldig sein müssen.⁹⁾ Unter diesen Voraussetzungen aber kann Kompensation bei allen Delikten platzgreifen. Daniel Moller will solche zwar nur zulassen, wenn die Delikte nicht gar zu arge sind: »in gravibus criminibus compensatio locum non habet«, — so insbesondere nicht bei wechselseitigen Pasquillen.¹⁰⁾ Er steht hiermit aber vereinzelt. Den für die civilrechtliche Summenkompensation geltenden Bestimmungen entlehnt Modestinus Pistoris den Satz: »quod liquidi ad illiquidum nulla est compensatio«, sohin nur beiderseits liquide Delikte kompensabel sind.¹¹⁾

II. Unter »compensatio« verstehen die deutschen Juristen dieses Zeitraums gleich den italienischen die vollständige Aufhebung zweier Strafthaten dergestalt, dass keinen der Delinquenten eine (bürgerliche) Strafe trifft. Der Sache nach ist ihnen jedoch der Gedanke einer partiellen Kompensation nicht fremd. Wurmser berührt ihn flüchtig, indem er auf Zabarella¹²⁾ verweist.¹³⁾ Cothmann wendet ihn praktisch an.¹⁴⁾ Ihm war zur Begutachtung ein Rechtsfall unterbreitet worden, in dem zwei Advokaten einander gegenseitig provoziert und beleidigt hatten. Cothmann entscheidet, dass keiner derselben gegen den anderen eine Injurienklage habe; denn einmal seien diese Schmähungen *opinionem*

⁷⁾ S. z. B. Wurmser, l. c., lib. 47, obs. 15, n. 3.

⁸⁾ l. c., Vol. II, cons. 3, n. 36.

⁹⁾ Henning Göden, *Consilia*, cons. 103, n. 118, 119; Zanger, l. c., p. 3, cap. 8, n. 85—87.

¹⁰⁾ l. c., p. 4, const. 44, n. 9.

¹¹⁾ Modestin. Pistoris, l. c., Vol. II, cons. 3, n. 55.

¹²⁾ S. unten Nachtrag g. E.

¹³⁾ Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 15, n. 7.

¹⁴⁾ l. c., Vol. III, resp. 23, n. 185—188.

defensionis vorgebracht, und weiter seien convicia mutua, quae opinione juris proferuntur, zu kompensieren.¹⁵⁾ Hierauf fährt der Autor fort:

»et in iudicis arbitrio est, vel utrumque vel alterum poena aliqua mulctare et coercere ob excessum admissum«.

Dieser Passus lässt sich nur auf die vom Richter ex officio zu verhängende Kriminalstrafe beziehen. Denn die actio injuriarum steht ja nach der vorangegangenen Ausführung des Autors keinem von beiden Teilen zu; überdies ist für richterliches Ermessen bei Bemessung der Strafe im Privatstrafverfahren ja kein Raum, dort vielmehr stets die aestimatio, die poena dupli, quadrupli etc. unverkürzt zu verhängen.

Später bildete sich nach dem Bericht von Scheffer¹⁶⁾ eine Streitfrage zwischen dem Leipziger und dem Wittenberger Schöppenstuhl dahin heraus, ob bei mutua delicta gegen beide Teile die ordentliche Kriminalstrafe zur Anwendung zu bringen sei (so Leipzig), oder die Reziprozität der Delikte Strafmilderung nach sich ziehe (so Wittenberg). Scheffer selbst stellte sich auf Seite der Leipziger Ansicht.

§ 22.

2. Compensatio injuriarum.

I. Der Verfasser des Richterlich Clagspiegel hatte sich über die Injurienkompensation folgendermassen ausgelassen:

„Item so mich einer schmähet, vnd ich schilt jn wider, also würt ein schmähe gegen der andern abgeschlagen;“ und dies auch ganz ausdrücklich auf die Kriminalanklage wegen Injurien erstreckt:

„Item wann du klagst wider mich in diser klag, vnd ich excipier wider dich dessgleichen, vnnd beweiss söllichs, so würt ein schmacheyt gegen der andern abgethan vnd kompensiert, als zween, die einander schelten“.¹⁾

Augenscheinlich war er dem Zauber der römischen Regel »Paria delicta mutua pensatione solvuntur« verfallen und brachte diese uneingeschränkt zur Anwendung. Indess konnte später die deutsche Jurisprudenz nicht umhin, den Limitationen und Exceptionen der Ita-

¹⁵⁾ Ueber diesen Punkt wird im nächsten Paragraphen zu handeln sein.

¹⁶⁾ Quaestion., p. 3, qu. 2.

¹⁾ Strassburg 1538, Bl. 11, 11 v.

liener, wie solche bereits bei der Deliktskompensation im allgemeinen zu berücksichtigen waren, ihre Aufmerksamkeit zu schenken.

Im allgemeinen wurde die Injurienkompensationslehre in Übereinstimmung mit der Lehre von der Deliktskompensation gehalten: es wurde Kompensation versagt²⁾

1. schlechterdings in Ansehung der Kriminalanklage;³⁾
2. im Übrigen dann, wenn die injuriae »separatae« sind und »versantur circa diversa facta« — »uterque potest agere de injuria sibi illata.«⁴⁾

Es griff also Aufrechnung nur Platz bei ziviler Klage und nur sofern die injuriae idem factum betrafen; dabei war die Meinung wohl die, dass nur die actio aestimatoria für die Kompensation in Frage komme; für die Klage auf Widerruf wurde bisweilen ausdrücklich die Kompensabilität verneint.⁵⁾

Des Erfordernisses der paritas injuriarum wurde selten ausdrücklich gedacht.⁶⁾

II. Die Italiener hatten die Grundverschiedenheit des Gesichtspunktes der erlaubten Retorsion und des der Injurienaufrechnung grossenteils unbeachtet gelassen; sie hatten anstandslos argumentiert: der Beleidigte darf retorquieren, denn mutuae injuriae compensantur — oder umgekehrt. So namentlich Durantis. Den gleichen Fehler beging die deutsche Wissenschaft zunächst auch. Martinus Uranius Prenninger beispielsweise stellt die Frage, ob, si ego vocavi te latronem, et tu me, tales injuriae mutua *compensatione* tollantur, et sic ego

²⁾ Uranius Prenninger, Consil., Tom. I, cons. 14, n. 31; Wurmser, l. c., tit. 47, obs. 15, n. 3; Schneidewin, l. c., ad. tit. J. de injur., n. 12; Modestin. Pistoris, Consil., Vol. II, cons. 3, n. 33, 34; Cothmann, l. c., Vol. II, resp. 59, n. 189; Zanger, l. c., p. 3, cap. 8, n. 122; Bocser, Disp., cl. IV, disp. 4, th. 31; Jac. Schultes, l. c., n. 47; Gilhausen, De injur., § 5, n. 217 (wo statt »criminaliter« »civiliter« zu lesen ist), verbunden mit § 10, n. 44; Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 92; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 17; Gilhausen, Arbor j. crim., cap. 2, tit. 34, n. 141; Berens, l. c., disp. 14, th. 2 qu. 6, Additio.

³⁾ A. M.: Petreus, l. c., concl. 60, nota f., unter Berufung auf Durantis.

⁴⁾ Gar keine Kompensation von Injurien lassen Dan. Moller, l. c., p. 4, const. 42, n. 35, und Wesenbeck, Resp., P. VI, cons. 251, n. 46, 64, 65, 72 zu.

⁵⁾ Zanger, l. c., p. 3, cap. 8, n. 122; Joh. Bapt. Caesar, in den Consilia illustrior. et celebrior. Jctorum gesammelt von Nicol. Stein, Francof. 1603, Tom. I, cons. 22, n. 28.

⁶⁾ Vgl. jedoch Nicol. Everardus a. M., Resp., consil. 113.

contra te agens injuriarum repellar exceptione similis injuriae? Allein die Antwort bleibt er schuldig. Er referiert statt dessen nur die Ansichten von Durantis und anderen und verliert sich in eine Erörterung über die *Erlaubtheit der defensio* gegen Injurien.⁷⁾ Auch Schneidewin⁸⁾ und Gilhausen⁹⁾ behandeln die Retorsions- und Kompensationsfrage noch als identisch.

Andere Autoren wurden sich wenigstens der Verschiedenheit bewusst und stellten beide Institute gesondert dar. Trotz dieser Erkenntnis aber verleugnete sich der hierin liegende Fortschritt im Resultate doch: Gewohntermassen wurden nach wie vor die Sätze über Kompensation gerade auf den Thatbestand einer erlaubten Retorsion angewandt. Auf den hierin liegenden Widersinn haben wir bereits oben hingewiesen: entweder ist die Retorsion berechtigt, und dann mangelt es an den Voraussetzungen der Deliktskompensation; oder es wird kompensiert, und dann wird damit indirekt die Rechtswidrigkeit der Retorsion gesetzt. Wohl die Einzigen, die in unserer Periode für diese schrille Dissonanz ein offenes Ohr hatten, waren Cothmann und Jacob Schultes, beide freilich in sehr verschiedener Weise. Cothmann schliesst folgerichtig aus der Erlaubtheit der Retorsion die Unanwendbarkeit einer Deliktskompensation, fällt aber an anderer Stelle in den Zwiespalt der gemeinen Meinung zurück.¹⁰⁾ Schultes dagegen bemüht sich, ein erlösendes Wort zu sprechen. Er will die Anwendung der Deliktskompensation auf die Retorsionsfälle durch folgende Erwägung rechtfertigen: Das Thun des Rotorquenten würde an sich, von dem Defensionscharakter abgesehen, ein delictum sein: »sua natura delictum est«: folglich steht der compensatio delictorum nichts im Wege.¹¹⁾ Damit war für die Verschmelzung der Retorsions- und Kompensationssätze in ihrer Anwendung auf einen und denselben Thatbestand wenigstens eine wenngleich sehr gebrechliche Scheinrechtfertigung gegeben.

Bildete nach dem Vorausgeführten die mangelnde Deliktsnatur der retorsio für die damaligen Juristen kein Hindernis, um von ihr zur Kompensation zu gelangen, so war in Ansehung der übrigen Momente

⁷⁾ Lecturae ad cap. Dilecti X. de exception, n. 18 sqq.

⁸⁾ l. c., ad tit. J. de injur., n. 12.

⁹⁾ De injur., § 5, n. 210 sexto, septimo, n. 211.

¹⁰⁾ l. c., Vol. II, resp. 59, n. 186 im Gegensatz zu Vol. III, resp. 23, n. 185—187.

¹¹⁾ l. c., p. 3, qu. 127, n. 26.

die Brücke zwischen beiden leicht geschlagen. Zwar Wesenbeck¹²⁾ will für die im Defensionsnexus stehenden Injurien Kompensation nicht zulassen, aber aus sehr abwegigen Gründen: er behauptet, dass eine zugefügte Beleidigung dadurch, dass der Beleidigte sich dagegen wehrt, *non tollitur, sed potius augetur*. Hierbei hat ihm die Argumentation des Speculator vorgeschwebt. Aber während Durantis seinen Satz ganz richtig auf die unstatthafte Gegenbeleidigung münzt, nimmt Wesenbeck eine ganz verfehlte Vertauschung vor: verfehlt, denn wieso erlaubte Verteidigung das Deliktsmaterial vermehren soll, ist nicht einzusehen. Und wäre dies selbst der Fall, so wäre damit der Ausschluss der Kompensation noch nicht erklärt. Wesenbeck hat auch keine Nachfolge gefunden. Vielmehr deduziert die herrschende Lehre folgendermassen: Kompensiert werden in Rücksicht auf die Civilklage *delicta circa idem commissa*.¹³⁾ Nun sind solche Injurien, welche im Retorsionskonnex stehen, — »convicia mutua, quae opinione juris (defensionis) proferuntur«, — von denen also die zweite nur die defensio licita gegen die erste ist, *injuriae circa idem factum commissae*.¹⁴⁾ es steht nur ein factum in Rede, *eadem in re versatur mutua illa criminis objectio, nimirum in eo, quod falsi arguor egoque id verum non esse contendo*. Folglich ist die Kompensabilität gegeben: *mutua injuriae reprehensio compensatione tollitur*.¹⁵⁾

Wie genauere Prüfung ergibt, ist nun der Retorsionsfall der einzige, für welchen das Gegebensein des circa-idem-Requisits bei Injurien anerkannt wird. Andere gleichberechtigte Fälle kommen nirgends vor. Es reduziert sich somit die Kompensation von Injurien prinzipiell auf den Retorsionsfall, so dass am Schlusse unserer Periode dem über einen solchen urteilenden Richter die Wahl offen stand, auf dem von Bocer-Harpprecht eröffneten Wege oder aber unter Anwendung des Aufrechnungsgedankens zu dem Resultate der Straffreiheit beider Teile zu gelangen.

¹²⁾ Resp., P. VI, cons. 251, n. 46, 64, 65, 72.

¹³⁾ Oben § 21, I, S. 112—113.

¹⁴⁾ S. oben § 16, III, S. 88.

¹⁵⁾ Schneidewin, l. c., ad tit. J. de injur., n. 12 i. f.; Modestin. Pistoris, Consil., Vol. II, cons. 3, n. 33, 34; Treutler, Selectae disputationes, Vol. I, disp. 25, th. 9, b.; Gilhausen, Arbor jud. crim., cap. 2, tit. 34, n. 136, Septimo, n. 141; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 26; Cothmann, l. c., Vol. III, resp. 23, n. 185—187; Berens, l. c., disp. 14, qu. 6, II.

III. In einem Punkte erleidet der Grundsatz, dass andere Injurien, als die retorquierte Injurie mit der angriffsweise geäußerten, nicht aufrechenbar seien, bei einigen unserer Juristen eine unmotivierte Ausnahme, insofern dieselben von den Italienern her den singulären Satz übernahmen, dass, wenn zwei Personen streiten und nicht erhellt, *uter rixam coeperit et primus deliquerit*, kompensiert werde,¹⁶⁾ und zwar sowohl bei wechselseitigen Körperverletzungen,¹⁷⁾ wie auch bei wechselseitigen Verbalbeleidigungen.¹⁸⁾ Dass in solchem Falle kein Teil Strafe erleiden dürfe, hätte füglich unter dem Gesichtspunkt begründet werden können, dass keinem der Verteidigungseinwand widerlegt werden könne. Aber derartige Begründung scheint den Juristen fern gelegen zu haben. Ganz abgesehen davon, dass sie ausdrücklich von „Kompensation“ reden, ergibt sich aus Folgendem, dass sie thatsächlich an die Präsumpion der Verteidigung nicht gedacht haben. Kam beiden Parteien die Vermutung der *defensio licita* zu gute, dann durften sie weder civil noch kriminell gestraft werden: unsere Juristen aber lassen in dem in Rede stehenden Falle Kompensation nur für die *poena parti applicanda* zu, nicht *si criminaliter agatur seu ad poenam fisco applicandam*.¹⁹⁾ Zudem ist Hauptquelle der genannten Ansicht die Darstellung von Aegidius Bossius,²⁰⁾ welcher Aufrechnung auch platzgreifen lässt, *quando ambo simul inceperint*, also in einem Falle, in dem von vermuteter Verteidigung keine Rede sein kann. Man wird daher auch der Darstellung der deutschen Autoren den Sinn unterlegen müssen, dass sie nicht sowohl an Fälle denken, in denen die Beweisaufnahme über die Person des Angreifers und die des Angegriffenen keine genügende Aufklärung gebracht hat, sondern vielmehr geradezu den Fall der beiderseitig gleichzeitigen Begehung der Injurien im Auge haben.

Hier ist nun ein Bindeglied mit der allgemeinen Deliktskompensationslehre zu vermissen. Denn gleichzeitige Injurien sind *delicta*

¹⁶⁾ Cothmann, l. c., Vol. II, resp. 59, n. 173.

¹⁷⁾ Schrader, Tract. feudal., Tom. I. p. 9, cap. 4, n. 85. Gerade die entgegengesetzte Ansicht vertritt freilich derselbe uns ja bereits für nichts weniger als überzeugungstreu bekannte Autor in seinem Commentarius, tit. 2, § Jus autem gentium, n. 62.

¹⁸⁾ Schrader, Tract. feudal., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 86; Petreus, l. c., concl. 60, nota e., i. f.; Schultes, l. c., p. 3, qu. 127, n. 52; Obrecht, l. c., cap. 2, n. 19.

¹⁹⁾ Schultes, *ibid.*, n. 52, 53.

²⁰⁾ S. oben S. 60—61.

circa diversa, somit nach allgemeinen Grundsätzen nicht kompensabel. Die Diversität der Injurien wird von unseren Autoren offen anerkannt; nach einem Grunde für die Kompensation forschen wir vergebens — sogar von Jacob Schultes wird nur der kahle Satz selbst ohne Begründung hingestellt.

III. Strafe im Falle unerlaubter Erwiderung.

§ 23.

Zu erörtern bleibt der Fall, dass ein Beleidigter oder körperlich Verletzter den Angriff erwidert hat, ohne dass die Requisite der *retorsio licita* vorliegen. Hier kann — selbst für die civile Strafe — Aufrechnung nach dem im vorigen Paragraphen Gesagten nicht platzgreifen. Dagegen äussert Harpprecht:

»Ille, qui modum justae retorsionis ratione loci, personae aliarumque circumstantiarum transgreditur, non poena ordinaria, sed mitius puniri debet.«¹⁾

Dies findet seine Begründung in dem Umstande, dass der Thatsache der *provocatio* und dem Affekt des Angegriffenen Rechnung getragen werden muss. Milder bestraft wird daher namentlich, wer das *moderamen* in verbis überschritten, also z. B. auf den Vorwurf »tu fur« »tu latro« erwidert hat,²⁾ sowie wer, durch verba injuriosa provoziert, *provocantem non verbis, sed pugno, vulneribus, verberibus laesit.*³⁾ Dabei ist die Meinung regelmässig die: „milder“ soll die Strafe sein, als die *poena ordinaria* ausfallen würde. Der Thäter soll *extra ordinem*, *arbitrarie* gestraft werden. Ganz vereinzelt steht Vigelius,⁴⁾ wenn er eine Abwägung der beiderseitigen Strafen vorgenommen und den Provokaten milder bestraft wissen will, als den Provokanten.

¹⁾ l. c., § Haec actio (12) J. de injur., n. 210.

²⁾ Vgl. bes. Gaill, Pract. observ., lib. 2, obs. 100, n. 10; Petreus, l. c., concl. 60, nota f.; Bocser, Disput., cl. IV, disp. 4, th. 31, cl. V, disp. 1, th. 37; Harpprecht, l. c., § Injuria autem (1) J. de injur., n. 97.

³⁾ Schrader, Tract. feudal., Tom. I, p. 9, cap. 4, n. 126; Comment., tit. 2, § Jus autem gentium, n. 60; Petreus, l. c., concl. 60, nota f.; Obrecht, l. c., cap. 9, n. 21.

⁴⁾ Method. jur. controvers., lib. 5, cap. 10, Exceptiones (hinter reg. 73) exc. 3; Method. pract. observ., lib. 3, cap. 26, n. 9.

B. ZWEITE PERIODE.

I. Retorsion.

§ 24.

I. Im allgemeinen.

Zu Beginn des 17. Jahrhunderts trat in das volle Licht der Erörterung die Frage, ob die Retorsion erlaubt sei. Nächste ihr hob sich die Frage nach den pönalen Wirkungen der Retorsion als besonders wichtig heraus. Wie beide beantwortet wurden, darüber sollen §§ 25 und 26 Aufschluss geben.

Hiervon abgesehen bewahrte sich die Retorsion in der Lehre der annähernd zweihundert Jahre umfassenden zweiten Periode die traditionellen Grundzüge.¹⁾ Ihr Name erhielt sich als *terminus technicus*.

¹⁾ Vgl. Matth. Berlich, *Conclus. practic.*, P. V, concl. 59, n. 47—65; concl. 64, n. 1—36, 45; Petr. Theodoricus, *Colleg. crimin.*, disp. 2, th. 16, g.; disp. 10, th. 7, insbes. nota f.; disp. 11, th. 4, e.; Christ. Krembergk, *Disput. jurid. de defensione necessaria* (respond. Uriel ab Eiche), th. 37, 38, 42, 75; Bernh. Greven (Graevaeus), *Pract. observ. jur.*, lib. 2, concl. 100, n. 1—28; Joh. Cöppen, *Observationes*, lib. 2, obs. 82, n. 5—13; H. U. Hunnius, *Colleg. criminalis disputationes* XV, disp. 2, n. 25—29, disp. 8, n. 55, 56; Georg Frantzkius, *Exercitat. jurid.*, exerc. 12, qu. 7, n. 1—21; Chr. Besold, *Thesaur. pract.*, Litt. R. No. 57; Volckmann, *Inform. notar.*, Teil 2, tit. 21, cap. 82, n. 1—20; Gottfr. Fibig, *Colleg. leg. publ.*, exerc. 12, qu. 7; Just. Meier, *Colleg. Argentorat.*, Tom. III, ad tit. D. de injur. 47, 10, n. 12—23; Bened. Carpzov, *Pract. nova rer. criminal.*, P. I, qu. 30, n. 34—42, n. 65—76; P. II, qu. 97, n. 22, sqq.; Derselbe, *Jurisprud. forens. Roman.-Saxon.*, p. 4, const. 46, defin. 11; Derselbe, *Decision. illustr. Saxon.*, P. III, dec. 247. *Consilia Argentoratensia*, Vol. II, consil. 93, n. 11, 12; consil. 94, n. 10—16; Grüner, (respond. Joh. Plever), *Disput. jurid. de injur. et fam. lib.*, cap. 1, th. 6 f.; cap. 3, th. 20; Dav. Mevius, *Ad jus Lubecense*, lib. 4, tit. 4, art. 10, n. 1 sqq. (auch für das gemeine Recht); G. A. Struvius, in seiner 1645 in Helmstedt unter dem Präsidium von Heinrich Hahn verteidigten Inauguraldissertation *De vindicta privata* (Henr. Hahn, *Sel. dissertation. jurid.*, diss. 12), später noch mehrfach als eigene *Tractatio de vindicta privata* erschienen, cap. 10; Christ. Phil. Richter, *Variae jur. decisiones*, P. II, dec. 92, n. 1—20; Derselbe, *Disput. inaug.* (respond. Uhr. Pfaler) *De retorsione injuriarum*; Thom. Merckelbach bei Klock, *Consilia*, Tom. III, consil. 184, n. 2, 7—13, 32, 65—67; Klock selbst *ibid.*, Tom. IV, cons. adopt. 36, n. 8—14, 44—48, 65—76, 99—102; Joh. Spilin das., Tom. IV, cons. adopt. 51, n. 32, 33; Joh. Eichel, (respond. Tiling), *Exercit. academ. de vindicta priv. licita*, th. 37—40; Joh. Cramer, *Compendium criminale*, lib. 2, cap. 11, n. 8—11; Hertius, *De paroemiis jur. German.* (in desselben *Commentation. et opusc.*, Tom. III), lib. 1, paroem. 99,

An der Wortform »retorsio« fand Henning Rennemann zu bemängeln, dass sie unlateinisch sei; korrekt sei »retortio«, weil das massgebende Supinum von retorquere »retortum«, nicht »retorsum« laute. Er fand indess keinen Anklang. „Retorsion“ blieb ausschliesslich in Übung. Ins Deutsche übersetzt, hiess die Retorsion „Heimschiebung ausgegossener Injurien“; wer retorquiert, „schiebt“ die Beleidigung dem Gegner „in den Busen heim“, „giebt sie ihm in den Busen oder in den Hals, daraus er sie gespeiet und fahren lassen, zu schlucken anheim“.

Wie bisher ward die Retorsion definiert als die in *continenti* erfolgte massvolle verbale Verbalinjurienrückschiebung.

Sie blieb insbesondere die längste Zeit auf die Abwehr von Wortangriffen beschränkt: »ad injurias reales retorsio non pertinet«. Begegnet auch gelegentlich ein Sprachgebrauch, der die Retorsion auf ein *repercutere* erstreckt,²⁾ so ist dies doch ungewöhnlich und ändert auch an der Sache nichts: das Wiederschlagen ist immer nur als echte Notwehr gedacht.³⁾ Erst in den letzten Dezennien des 18. Jahrhunderts beginnt die Doktrin die Erwiderung von Realinjurien, z. B. Mauschellen, durch solche nicht nur als Retorsion zu bezeichnen, sondern auf jene

th. 1—5; Joach. Hoppe, *Comment. succ. ad Instit. Just. ad § 12 J. de injur. 4, 4, usus hodiernus*; Georg Engelbrecht, *Compend. jurispr., ad t. D. de injur. 47, 10, § 53*; „Kurtze Doch Grund- und Acten-mässige Vorstellung, Dass die Von dem Assessore von Pyrek am 22. Junii 1704 . . . bewürckte Retorsion . . . mit allen ad legitimam Retorsionem nöhtigen Requisitis versehen seye“, Wetzlar 1709, S. 4; Frölich von Frölichsburg, *Commentar. in Kaiser Karls V. P.H.G.O., Buch 4, Titel 21, n. 22*; Lüd. Mencken, *Theor. et prax. Pand., P. II, ad t. D. de injur. 47, 10, §§ 32 sqq.*; v. Quistorp, *Grunds. des dtsch. peincl. R., Bd. I, Abth. 2, § 331*; Höpfner, *Commentar über die Heineccischen Institutionen, §§ 1066, 1073, 1075*.

²⁾ So Volckmann, l. c., Th. 2, tit. 21, cap. 82, n. 2; J. O. Tabor, bei Just. Meier, l. c., annot. ad t. D. de injur. 47, 10, n. 18.

³⁾ Vgl. insbes. Sam. Stryk, *Diss. jurid. De alapa (respond. Chr. Seidel)*, [Vol. III der Stryk'schen Dissertationen, disp. 6,] cap. 2, n. 24, cap. 4, n. 9, 16; Hertius, l. c., par. 99, th. 4 i. f.; Engau, *Elem. jur. crimin., lib. 1, tit. 25, § 312* (»defendere«); Hellfeld, *Opera minora, Tom. I (= Opusc. jur. civ.), diss. 21, § 20*. — Bei Casp. Matth. Müller, *Disput. jurid. (resp. Petersen) de osculo nocivo, cap. 2, § 14, n. 42* könnte es scheinen, als wolle er mittels eines sehr verfehlten *argumentum a fortiori* ein Erwidernsrecht statuieren: Eine Jungfrau, der ein osculum droht, meint er, darf zur Abwehr dem Angreifer eine Ohrfeige geben; *multo magis excusanda venit virgo, quae osculum sibi invitae datum inflicta alapa vindicavit* —; aber die Fortsetzung zeigt, dass er nur auf Strafmilderung und Compensation abzielt, nicht auf Behauptung eines *jus retorsionis*.

namentlich den Satz von der Klagezerstörlichkeit aus der Retorsionslehre zu übertragen.⁴⁾

Auch insofern blieb es beim Alten, als die Retorsion nur eine Abwehr gegen unwahre Vorwürfe darstellte. Allerdings postulierte Struvius, ausgehend davon, dass Retorsion schlechthin gegen Injurien statthaft sei, ein *jus retorsionis* auch gegen wahre Vorwürfe: denn auch letztere könnten injuriös sein, und insoweit könne denkbarerweise Retorsion platzgreifen; zwar sei solchenfalls nicht möglich, zu retorquieren: „du lügst“, wohl aber z. B.: »*Tu haec mihi objicis ut scelestus calumniator*«. ⁵⁾ Ähnlich Frölich.⁶⁾ Aber diese Ansicht wurde von Pfankuch ausdrücklich bekämpft,⁷⁾ und die herrschende Meinung blieb bei der früheren Lehre.

Ob gegen Pasquille Retorsion statthabe, bildete eine Streitfrage. Carpzov verneinte:⁸⁾ dem *libellus famosus* sei nach C. C. C. Art. 110 Anonymität begriffswesentlich; gegen einen Anonymus aber könne nicht retorquiert werden, denn die Retorsion verlange genau, wie die Injurienklage, Namensnennung dessen, gegen den sie gerichtet ist. Diese Auffassung erfuhr Widerspruch zunächst von Seiten Struves:⁹⁾

⁴⁾ v. Quistorp, a. a. O., § 331 bei Anm. e): Nach dem Gerichtsgebrauch lässt man auch bei Realinjurien „eine Retorsion zu, und man kann daher wegen erlittener Injurien keine Klage erheben, wenn man . . . Demjenigen sofort eine Maulschelle wiedergegeben hatte, der solche zuerst ausgeteilt hatte“. (Vgl. dagegen aber Höpfner, a. a. O. § 1073.) Nicht ganz identisch ist der Standpunkt Hymmens. Derselbe lässt — Beiträge zur jurist. Litteratur in den preuss. Staaten, Sammlung II, S. 145—146 — im Grunde nur ein Notwehrrecht gegen drohende Belästigungen zu. Er gerät freilich auf den Abweg, dass er solche echte Notwehr als eine „Retorsion“ bezeichnet und ihr klagezerstörliche Wirkung beimisst. — Daneben lässt er in gewissem Umfang verbale Erwiderung realer Injurien zu. S. 146 a. a. O.: „Indessen sei ferne, dass man dem artigen Geschlechte das Recht streitig machen sollte, dem . . . Räuber des Kusses einen derben Verweis zu geben. Diesen hat er verdient, und er verriete seine Schwäche, wenn er darüber empfindlich würde.“

⁵⁾ l. c., cap. 10, aphor. 6 (eigentlich 7, versehentlich sind 2 aphorismi mit „6“ beziffert), n. 3.

⁶⁾ a. a. O., Buch 4, Tit. 21, n. 22 g. E.

⁷⁾ Tractatus de prohibit. verbal. injuriarum retorsionibus, ad aphor. 6 (ord. 7), §§ 1—31.

⁸⁾ Jurispr. forens. Rom.-Saxon., p. 4, const. 44, defin. 7. — Chr. Phil. Richter schloss sich an (De retors., th. 91).

⁹⁾ l. c., cap. 10, aphor. 6 (eigentl. 7), n. 4. Acceptiert wurde Struves Ansicht von Joh. Jauditz, Diatribe acad. jurid. (praes. E. F. Schröter), De famos. libell., vulgo Pasquillen, th. 9. Gegen sie erklärte sich Pfankuch, l. c., ad aphor. 6 (ord. 7), §§ 32—41.

das Fehlen der Namensunterschrift gehöre (zufolge R. P. O. von 1577, tit. 35 § 3) gar nicht notwendig *ad essentiam libelli famosi*; habe nun der Pasquillant in dem libellus seinen Namen genannt, dann sei die Möglichkeit und Erlaubtheit einer Retorsion nicht zu beanstanden; übrigens müsse solche auch bei Anonymität zugelassen werden, wofern nur der Beleidigte den Schreiber des Pasquills kenne. Noch weiter ging später G. G. Titius:¹⁰⁾ Fehlerhaft sei, zu sagen, dass Retorsion gegen Pasquille, deren Urheber unbekannt, unzulässig sei; allenfalls könnte die gegnerische Meinung behaupten, dass sie unmöglich sei, eben weil der Injuriat nicht wisse, gegen wen er vorzugehen habe. Aber seiner Ansicht nach sei auch dies nicht richtig, wenn anders man überhaupt ein *jus retorsionis* anerkennen wolle. Der Beleidigte könne ja aussprechen, dass er gegen den Pasquillanten, »*quisquis ille fuerit*«, *retorquiere*. Eine Insinuation sei ja nicht schlechthin notwendig, die Retorsion könne vielmehr auch z. B. im Druck verbreitet und so zur öffentlichen Kenntniss gebracht werden. Freilich sei einzuräumen, dass die Retorsion gegen einen unbekannten Schmähschreiber nicht viel Zweck habe, weil das Pasquill durch Henkershand verbrannt zu werden pflege, und daneben eine Retorsion meist überflüssig sein werde. Diesen Ansführungen pflichtete J. S. F. Böhmer bei mit dem Hinzufügen, dass Entsprechendes gegenüber einer *pictura famosa* gelte.¹¹⁾

Einhellig hielt die Jurisprudenz daran fest,¹²⁾ dass Erwiderung von Verbalbeleidigungen mittels körperlicher Verletzungen nicht unter den Begriff der Retorsion falle,¹³⁾ auch grundsätzlich nicht statthaft

¹⁰⁾ Observation. in compend. jur. Lauterbachian., obs. 1244.

¹¹⁾ Observation. ad Carpzovii Practic. rer. criminal., ad lib. 2, qu. 98, obs. 5.

¹²⁾ Krembergk, l. c., th. 38; Berlich, l. c., P. V, concl. 64, n. 29; Cöppen, l. c., lib. 2, obs. 82, n. 8; Besold, l. c., Litt. M, No. 35; Hunnius, Coll. crim., disp. 8, n. 55; Just. Meier, l. c., n. 19 I; Carpzov, Pract., P. II, qu. 97, n. 39, 40; Jurisprud. for. Rom.-Sax., p. 4, const. 46, defin. 12, n. 2—4; Consilia Argentoratensia, Vol. II, cons. 50; Mevius, Adjus Lub., lib. 4, tit. 4, art. 10, n. 5; Struvius, l. c., cap. 10, aphor. 10, n. 9; Joach. Decher, (respond. Röder) Dissert. jurid. De injuriis, pos. 5a; Richter, De retors., th. 75, 84; Stryk, De alapa, cap. 3, n. 10—12; Hertius, l. c., lib. 1, paroem. 100, th. 1, 2; Frölich, a. a. O., Buch 4, Titel 21, n. 22; Schweder, in den Cons. Tubing., Vol. I, cons. 22, n. 66; Dreyer, Sammlung, I, S. 28, Anm. 12; Lauterbach, Cons. Tub., Vol. II, cons. 14, n. 19; Vol. IV, cons. 117, n. 49, 50; Hellfeld, l. c., diss. 21, § 7 i. f.

¹³⁾ Abweichend nur Volckmann, l. c., T. 2, tit. 21, cap. 82, n. 1.

sei. Dadurch, dass „Einer auf zugeworfene Schmachrede dem Schmäher ein paar Ohrfeigen abtauschte, wird die Retorsion nicht vollbracht“. Demgemäss ist das Sprichwort „Auf eine Lüge gehört eine Maultasche“ nicht zu billigen; dasselbe ist zwar *pravo more receptum*; allein solchen *Usus repudiavit sanior jurisprudentia*. Eine Ausnahme freilich, lehrte (in Übereinstimmung mit Farinacius) Berlich,¹⁴⁾ gebe es: Wenn ein *infamis vel vilis et plebejus alicui nobili vel aliter egregiae personae mendacium objecerit, tunc ejusmodi nobilis vel egregia persona non solum legitima mendacii retorsione, sed etiam colaphum impingendo ejusmodi vili et infami conviciatori se recte defendere potest*. Anfangs von verschiedenen Autoren gebilligt,¹⁵⁾ wurde diese Ansicht später von Rennemann¹⁶⁾ und Pfankuch¹⁷⁾ bekämpft. Im 18. Jahrhundert verschwand sie aus den Darstellungen.

Auch der Inhalt der Retorsionen blieb der nämliche. Man retorquierte: »Tu mentiris — tu mentiris ut fur — talem te habebo, qualem me esse dixisti«. Doch verschob sich der Schwerpunkt der Retorsion von dem »tu mentiris« nach der *recriminatio*, der dritten *forma retorquendi*, welche jetzt als die *retorsio propria* auftritt, während der, sei es einfache, sei es exaggerierte Vorwurf der Lüge als *retorsio impropria* zurücktrat.¹⁸⁾ Widerspruch gegen eine oder die andere Retorsionsform¹⁹⁾ blieb vereinzelt. Es behielt auch dabei sein Bewenden, dass in den Kontext der Retorsionen unter dem Schein des Rechts gern eine Handvoll gelegentlich angebrachter injuriöser Wendungen eingestreut und so mit Behagen dem Gegner eins versetzt wurde. Doch verlor sich seit ungefähr der Mitte des 18. Jahrhunderts allmählich die typische Ausprägung bestimmter Retorsionswendungen. Die Retorsion erweiterte sich zu der gleichabgestimmten injuriösen Antwort auf eine Verbalinjurie, zu der Gegenbeleidigung in gleichem

¹⁴⁾ l. c., P. V, concl. 64, n. 30.

¹⁵⁾ Cöppen, l. c., lib. 2, obs. 82, n. 8; Struv, l. c., cap. 10, aph. 10, n. 10; Richter, De retors., th. 86.

¹⁶⁾ De jure retortionis, p. 3, th. 26, nota b.

¹⁷⁾ l. c., ad aphor. 10, §§ 39 sqq.

¹⁸⁾ Rennemann, l. c., Praef., th. 3, 4; Tabor, l. c., annot. ad t. D. 47, 10, n. 13.

¹⁹⁾ Solchen erhob z. B. Struv gegen die Spielart »Tu mentiris ut fur, ut latro«; in dem mit »ut« eingeleiteten Zusatz dürfe man den Anderen nicht mit dem Vorwurf eines Verbrechens belasten; dagegen könne man sagen „Du leugst wie ein Schelm, Ehrendieb, Ehrenschränder“, weil diese Worte allgemeine Bezeichnungen seien. (l. c., cap. 10, aphor. 10, n. 3, 4.)

Tone, bei der nur die gehörigen Schranken eingehalten waren und keine verschiedenen oder grösseren oder schwereren beleidigenden Ausdrücke unterliefen. „Jemand heisst mich z. E. einen Schurken, ich sage, das möge er wohl selbst sein.“²⁰⁾

Ihrer äusseren Erscheinung nach war am Schluss der ersten Periode die Retorsion eine mündliche (verbalis) oder schriftliche (litteralis). Beide Modalitäten wurden auch in unserem Zeitraum weiter gepflegt. Die Litteralretorsion erfuhr in einzelnen Punkten eine nähere Umschreibung. So ward die Frage aufgeworfen: Ist Pasquill wider Pasquill zwecks Retorsion zuzulassen? Clasen entschied sich für die Negative.²¹⁾ Desgleichen sollten nach Joh. Sal. Brunquell²²⁾ Schandgemälde als Mittel zur Retorsion nicht tauglich sein: wohl seien Beispiele vorhanden, dass Angehörige der verschiedenen Religionsparteien die ihnen durch eine *pictura famosa* zugefügte Beleidigung durch eine ebensolche erwidert hätten; selbst Luther und Lucas Cranach seien hiervon nicht freizusprechen. Und doch sei solches Verhalten unerlaubt, weil Rache und nicht Verteidigung. Gegen Brunquell erklärte sich aber J. S. F. Böhmer;²³⁾ selbst zwar ein Gegner des Retorsionsrechts, meint er, dass, wer überhaupt Retorsion gestatte, auch eine Verteidigung per *picturam famosam* zulassen müsse. — Gemissbilligt wurde der Modus, eine Retorsionsfloskel eigenmächtig in die Akten zu schreiben.²⁴⁾ — Über die Statthaftigkeit der Drucklegung eines Retorsionslibells gingen die Ansichten auseinander.²⁵⁾

Die auf Stelzen einherschreitende *retorsio per notarium et testes* blieb durchaus in Übung. Vereinzelte Stimmen, die sich gegen sie aussprachen, weil sie *tumultum et caedes* zur Folge habe,²⁶⁾ verhallten

²⁰⁾ v. Quistorp, a. a. O., § 331; Höpfner, a. a. O., § 1073.

²¹⁾ l. c., ad art. 110, § 6, 10).

²²⁾ *Opuscula ad histor. et jurispr. spectantia*, ed. König, Tom. II, diss. 21, cap. 1, § 31.

²³⁾ l. c., ad lib. 2, qu. 98, obs. 5.

²⁴⁾ Georg Beyer, *Delinatio jur. civ. secund. Pand.*, ad t. D. de injur. 47, 10, i. f. — Vgl. auch J. T. Carrach, *Rechtl. Urteile und Gutachten*, Ur. 60.

²⁵⁾ S. einerseits (dagegen): Dav. Mevius, *Decis. Vism.*, P. VI, dec. 135; Lauterbach, *Colleg. theor.-pract.*, P. III, ad t. D. de injur. 47, 10, § 59 i. f.; andererseits Titius, l. c., obs. 1244 und die Fakultät Wittenberg bei Berger, *Electa disceptation. forens.*, Supplementa, P. II, Appendix, Consilia, cent. 2, cons. 71, welche gegen die Zulässigkeit einer Retorsion durch den Druck kein Bedenken haben.

²⁶⁾ So Hertius, l. c., lib. 1, par. 99, th. 5.

ungehört. Nur wurde bisweilen den Notaren eingeschärft, dass sie nicht etwa ihre Dienste beiden Parteien leisten sollten.²⁷⁾ Grossen Ansehens erfreuten sich ausser den Harpprechtschen Formularen die Retorsionsformulare, die Volckmann in seiner *Informatio notariorum*²⁸⁾ an die Hand giebt.

Neu trat in unserer Periode die Neigung auf, die Gerichte mit den Retorsionen zu befassen. Der Beleidigte reichte seine rite abgefasste Retorsionsschrift dem Gericht zu den Akten ein, und letzteres insinuierte dieselbe meist dem Injurianten.²⁹⁾ David Mevius fand dies bedenklich. Er berichtet, die Praxis sei eine sehr verschiedene. Einige Gerichte verweigerten die Entgegennahme eines solchen Schriftstücks, andere nähmen es an und asservierten es, wieder andere erteilten dem Gegner eine Abschrift; noch andere endlich liessen zu, dass, wenn der Gegner sich bei der Retorsion nicht beruhige, die Parteien alsbald zum Rechtsstreit gelangten. Das Richtige sei, dass der Richter, *quae retorsionis sunt, relinquat partibus nec ad ista manum suum extendat*; denn die Retorsion sei ein *actus extrajudicialis*, und in ihr stecke ein Stück *privata auctoritas*; zu Ausübung solcher dürfe aber der Richter seine Hand nicht reichen. Auch müsse der Richter darauf bedacht sein, Rechtsstreitigkeiten zu vermindern, nicht zu vermehren; letzteres sei aber der Fall, wenn er Retorsion ad acta zulasse und noch mehr, wenn er Abschrift erteile. Endlich sei es des Richters unwürdig, dem Retorquenten seinen Arm zu leihen, ehe er wisse, ob auf dessen Seite auch das Recht sei.³⁰⁾ Diese Ansicht fand zwar Beifall,³¹⁾ aber nicht ungeteilten. Eine laxere Auffassung meinte, der Richter habe freie Hand; er könne dem Gesuch der Partei willfahren,

²⁷⁾ Struv, l. c., cap. 10, aphor. 7, n. 12; Richter, De retors., th. 95; Homborg, Cons. s. resp. Helmstadiensia, cons. 38, n. 9—13.

²⁸⁾ T. 2, tit. 21, cap. 83. — Vgl. auch Richter, De retors., th. 97—99.

²⁹⁾ Volckmann, Inform. not. T. 2, tit. 21, cap. 82, n. 19; Fibig, l. c., exerc. 12, qu. 7 i. f.; Mevius, Decis. Vism., P. V, dec. 339.

³⁰⁾ Mevius, l. c., (vorige Anm.)

³¹⁾ Joh. Brunnemann, Comment. in Pand., ad l. quae omnia (25) D. de procur. 3, 3, n. 8; Hertius, l. c., lib. 1, par. 99, th. 5 i. f.; Stryk, Usus modernus Pand., Tom. IV, ad t. D. de injur. 47, 10, § 38; Hoppe, l. c., ad § 12 J. de injur. 4, 4, us. hod. Ziff. 2; sehr energisch in diesem Sinne auch Gasser (respond. Schoeneberg), Diss. jurid. De moderamiae inculp. tut., Halae 1711, § 27.

sei aber dazu nicht verpflichtet.³²⁾ Immerhin wurde bisweilen hinzugesetzt: besser thue der Richter daran, wenn er die Annahme ablehne. Auf den dem Mevius'schen entgegengesetzten Standpunkt stellte sich Augustin von Leyser: Er sehe nicht ein, meinte er, weshalb die Retorsion nicht auch judicialiter solle erfolgen können; im Gegenteil sei es geradezu wünschenswert, dass sie stets so erfolge, also dem Richter insinuiert und von diesem dem Retorsionsgegner signifiziert werde. Die Mitwirkung der Behörde sei heilsam, weil sie Exzesse verhüte.³³⁾ Leyzers Autorität brachte zu Wege, dass längere Zeit die *retorsio extrajudicialis* und die *retorsio judicialis* sich nebeneinander behaupteten.³⁴⁾ Erst J. S. F. Böhmer³⁵⁾ und von Quistorp³⁶⁾ kehrten wieder zu der Mevius'schen Ansicht zurück.

Drängten sich aber auch die notarielle und eine Zeit lang die gerichtliche Form stark in den Vordergrund, so wäre es doch für unsere Periode eben so sehr wie für die vorige irrig, anzunehmen, die Retorsion habe „vor Zeugen oder gar notariell oder gerichtlich vollzogen werden müssen, um zulässig und straflos zu sein“.³⁷⁾ Nirgends wird die schlichte mündliche Erwiderung als unzulänglich oder wirkungslos bezeichnet.

Die Behandlung des *in-continenti*-Requisits blieb eine unbefriedigende. So lange man sich nicht von der Vorstellung lossagte, als sei der Begriff »in continenti« bei der Retorsion genau derselbe, wie bei der Notwehr, so lange musste er in ein mysteriöses Dunkel gehüllt bleiben. An der Einheitlichkeit des Begriffes hielt aber ungeachtet des Einspruchs einiger der Gegner des Retorsionsrechts die Wissenschaft mit Zähigkeit fest; die reinliche Scheidung blieb aus. So sprach z. B. Bened. Carpzov bei der Retorsion von Abwehr

³²⁾ Schilter, *Praxis jur. Rom. in foro Germ.*, exerc. 49, § 34; Engelbrecht, *l. c.*, § 53; Berger, *Electa discept. forens.*, tit. 1, obs. 5; Derselbe, *Oecon. jur.*, lib. 3, tit. 9, § 17, nota 2; Lauterbach, *Coll. theor.-pract.*, P. III, ad t. D. de injur. 47, 10, § 63, 4); Beyer, *Delin. jur. civ. secund. Institut.*, ad t. J. de injur. 4, 4, n. 39, nota u).

³³⁾ *Meditat. ad Pand.*, spec. 542 m. 9; s. auch Leyser (resp. Mencken), *Disp. de pietate ac justitia remediorum contra injurias*, cap. 9.

³⁴⁾ Mencken, *l. c.*, ad t. D. de injur. 47, 10, § 33; Engau, *l. c.*, lib. 1, tit. 22, § 285; Chr. Fr. Georg Meister (der Ältere), *Princ. jur. criminal. sect. 2*, cap. 29, § 9, n. 3; Joh. Chr. Koch, *Institut. jur. criminal.*, lib. 2, cap. 22, § 376.

³⁵⁾ *l. c.*, ad p. 2, qu. 97, obs. 3.

³⁶⁾ a. a. O., § 331, Anm. a.

³⁷⁾ Dieser Ansicht ist Kronecker im Gerichtssaal, Bd. XLI, S. 193.

»durante offensione, imminente periculo«.³⁸⁾ Einzelne Autoren freilich erachteten das Requisit des *in continenti* für gewahrt, wenn die Retorsion während andauernder Gemütsbewegung, *durante adhuc ira*, „in währendem Zorn“ geschehen war.³⁹⁾ Einzelne gaben sich Mühe, die Zeitgrenzen, innerhalb deren eine Retorsion erfolgen müsse, noch genauer festzulegen.⁴⁰⁾ Insbesondere machte sich das Bestreben geltend, die Retorsion an ein bestimmtes *spatium dierum*, z. B. ein *triduum*, zu binden. Schwierigkeiten bereitete namentlich der Fall, dass die Beleidigung in Abwesenheit des Beleidigten ausgesprochen war, und diesem die Injurie erst nach geraumer Zeit zu Ohren kam. Joh. Eichel, der sich mit den einschlägigen Fragen genauer als Andere beschäftigte, meinte: *Tantum temporis spatium indulgendum est, intra quod commode retorsio fieri potuit; quod propter varias circumstantias arbitrio judicis est relinquendum.*⁴¹⁾ Später gaben eine Anzahl Schriftsteller ganz unumwunden zu, dass zum mindesten der *modus retorquendi per notarium* sich in den Begriff des *in continenti* kaum hineinzwängen lasse. Sie lehrten daher, die Retorsion könne sich entweder *in continenti* oder *ex post facto, ex intervallo* vollziehen.⁴²⁾

Anlangend die bei der Retorsion beteiligten Parteien, so ging die Wissenschaft von der Harpprecht'schen Ansicht, wonach die Retorsion dem Vater in Vertretung des Sohnes, dem Ehemanne in Vertretung

³⁸⁾ Pract. nova rer. crim., P. II, qu. 97, n. 25, Jurispr. Rom.-Sax., p. 4, const. 46, defin. 11, n. 6, Decision., P. III, dec. 247, n. 5, 6, 12. Hiernach kann nur bedingt zugegeben werden, dass, wie Günther, Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 101, annimmt, Carpzov die Retorsion nicht nur in der Form der Verteidigung, sondern auch als wirkliche Vergeltung gutheisse. Carpzov steht vollständig unter dem Banne der überkommenen Lehre. Er wähnt, dass die Retorsion reine Defensional-massregel sei (daher muss sie »durante offensione, imminente periculo« geschehen); nur durch ein Hinterpförtchen schleicht sich unvermerkt die ultio ein. Die Tendenz Carpzovs ist nicht auf Billigung der in der Retorsion steckenden Vergeltung gerichtet.

³⁹⁾ Fibig, l. c., ex. 12, qu. 7; Merckelbach bei Klock, Tom. III, cons. 184, n. 10—12; Hertius, l. c., lib. 1, par. 99, th. 4, 1).

⁴⁰⁾ Greven, l. c., lib. 2, concl. 100, n. 26—28; vgl. Merckelbach bei Klock, Tom. III, cons. 184, n. 10—12; Joh. Eichel, l. c., th. 40 i. f.; Pfankuch, l. c., ad aphor. 9, § 1.

⁴¹⁾ l. c., th. 40 i. f.

⁴²⁾ Stryk, Usus mod. Pand., Tom. IV, ad t. D. de injur. 47, 10, § 38; J. F. Ludovici, Doctrina Pandect., ad t. D. de injur. 47, 10, § 15; Ephr. Gerhard, Delineatio jur. civ., ad t. D. de injur. 47, 10, § 10; Engau, l. c., lib. 1, tit. 22, § 285.

der Ehefrau versagt sein solle, ab.⁴³⁾ Ob der Gebannte sich der Retorsion bedienen dürfe, war strittig.⁴⁴⁾ Chr. Ph. Richter fügte den retorsionsberechtigten Personen den sponsus und die cognati im Namen der Braut bzw. der Verwandten hinzu.⁴⁵⁾ — Aus späterer Zeit ist zu erwähnen, dass v. Quistorp die Retorsion nur unter Personen gleichen Standes oder gleichen Verhältnisses zulässt.⁴⁶⁾

Die von Harpprecht beliebte Befristung, wonach das jus retorquendi nur ein Jahr lang bestehe, wurde von Justus Meier acceptiert;⁴⁷⁾ die spätere Jurisprudenz verwarf sie.⁴⁸⁾

§ 25.

2. Kämpfe um die Rechtmässigkeit der Retorsion.

Vor dem Jahre 1600 zweifelte niemand daran, dass das Retorsionsrecht eben so sehr aus den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über defensio (jus naturale), wie aus speziellen Bestimmungen des geschriebenen Rechts sich ableiten lasse. Wenn Rutger Ruland die Notare davor warnte, Retorsionsschriftsätze zu insinuieren,¹⁾ so war dies doch nicht der Ausdruck einer prinzipiellen Gegnerschaft gegen die Retorsion. Auch Wesenbeck ist trotz des Consil. 149 in Pars III seiner Responsen²⁾ keineswegs zu den Gegnern der Retorsion zu zählen; er verwirft dort vielmehr nur den Gesichtspunkt der Provokation unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung des Gesichtspunktes der

⁴³⁾ Meier, l. c., Tom. III, ad t. D. de injur. 47, 10, n. 15 III, IV; Rennemann, l. c., p. 3, th. 23; Struv, l. c., cap. 10, aphor. 7, n. 4, 5; Richter, De retors., th. 30, 31.

⁴⁴⁾ Einerseits Meier, ibid., n. 16 II; Struv, ibid., n. 9; Richter, ibid., n. 45 (verneinend), andererseits Rennemann, ibid., p. 3, th. 23 (bejahend).

⁴⁵⁾ l. c., th. 32, 33.

⁴⁶⁾ a. a. O., § 331.

⁴⁷⁾ l. c., Tom. III, ad t. D. 47, 10, n. 19 X.

⁴⁸⁾ Struv, l. c., cap. 10, aph. 9, n. 4; Richter, De retors., th. 69; Pfankuch, l. c., ad aphor. 9 § 2—5, ad aphor. 12 § 3—4.

¹⁾ Oben § 17, S. 100, bei Anm. 2.

²⁾ »Quamvis in continenti secundum quorundam opinionem injuriam verbalem . . . licet contrariis verbis vel scriptis injuriosis ad sui defensionem retaliare et ita propulsare, paribus verbis vel aliis quamlibet injuriosis, tamen communis est in contrarium, scil. quod provocatio non excusat ab injuria, sed tantum poenam mitiget.« (l. c., n. 8—11.)

erlaubten Verteidigung gegen Lästerung,³⁾ und erweist sich noch deutlicher an anderen Stellen seiner Rechtsgutachten als ein zweifelloser Anhänger des *jus retorsionis*.⁴⁾

Aber bald nach 1600 regte sich mächtig der Widerspruch. Man begann aufzuzeigen, dass die herkömmlich allegierten Quellenstellen mit einer *retorsio licita* gar nichts zu thun haben, die herrschende Lehre in ihnen also in Wahrheit keine Stütze fand, sowie dass sich die Retorsion nicht unter den Defensionsbegriff ziehen lässt, weil die *injuria jam perfecta et consummata est, ergo removeri nequit*, dass mithin die Injurienenerwiderung nichts anderes als *ultio illicita* ist. Die Retorsion ward als *contra jus Romanum* erkannt.

Wohl der Erste, der wahrhaft Widerspruch wagte, war Ilico Umnius.⁵⁾ Ihm schloss sich sein Schüler Quirinus Kubach an.⁶⁾ Auch Arithmaeus konnte, wenngleich er bei der herrschenden Ansicht stehen blieb, doch nicht umhin zu bekennen, dass die Gründe, die Umnius angeführt habe, nicht leichten Gewichts seien; »fere me trahit in suas partes«, sagt er mit Bezug auf Umnius.⁷⁾ In die Reihen der Gegner des *jus retorquendi* trat ferner Reiner Bachovius van Echt.⁸⁾ Auch Antonius Matthaeus missbilligte die übliche Annahme, dass es erlaubt sei zu retorquieren, indem er nur mit Rücksicht auf den Affekt und das überwiegende Verschulden des ersten Beleidigers die Erwiderungshandlung als entschuldbar ansah.⁹⁾ Sodann gehört hierher Erasmus Ungepaur¹⁰⁾ und vor allen Henning Rennemann. Dieser, Professor in Erfurt, widmete der Widerlegung der geltenden Ansicht vom Retorsionsrecht eine eigene, annähernd 200 Quartseiten starke Einzelschrift (Jenae 1630). Mit Nachdruck legte er dar, dass die Retorsion nichts ist als unerlaubte *retaliatio*. Den Vertretern der herrschenden Meinung warf er Mangel an *judicium* vor: wie eine

³⁾ l. c., n. 16.

⁴⁾ P. III, cons. 142, n. 47; P. V, cons. 239, n. 54.

⁵⁾ Disputation. XXIII ad process. judiciar. directae, disp. 14, *πάρεργον*.

⁶⁾ Centuriae quaestion. illustr., cent. 2, decur. 9, qu. 2.

⁷⁾ l. c., disp. 4, ass. 2, nota c).

⁸⁾ Notae et animadversiones ad disputationes Treutleri, ad Vol. I, disp. 25, th. 9, lit. C.

⁹⁾ Disputationes XIV de fundam. quibusd. jur. aliter jaciendis, disp. 12, th. 24; De criminibus, lib. 47, tit. 4, cap. 1, n. 9.

¹⁰⁾ Exercitat. Justinian., exerc. 13, qu. 10 (pag. 630—632 in der ed. III, Jenae 1663).

Herde Schafe seien sie mechanisch dem Leithammel gefolgt, einfach auf dem betretenen Wege fortgehend, ohne Prüfung, ob es der richtige sei.¹¹⁾ Fern zu den Garamanten und Indern müsse die Retorsion verbannt werden. Sie sei der heiligen Schrift zuwider, zuwider auch echter Philosophie, sie widerspreche den Quellen, gereiche dem Staate zum Verderben.¹²⁾ — Im einzelnen entwickelt Rennemann Folgendes:

Die Retorsion ist *vindicta privata*. Der Autor rückt Bocer, Harpprecht, Berlich und Frantzke die Zwitterhaftigkeit ihres Retorsionsbegriffes vor und verweist sie auf die Stellen, in denen sie selbst die Retorsion als *vindicta* und *ultio* bezeichnen.¹³⁾ Der angebliche Verteidigungscharakter der Retorsion ist unhaltbar.¹⁴⁾ Die *injuria* ist geschehen, *plene illata*, sie kann nicht ungeschehen gemacht, noch abgewendet werden.¹⁵⁾ Auch hat der Beleidigte das Mittel der Klage: immer stehen dem Injuriaten die Thüren offen *ad tribunal judicis*.¹⁶⁾ Der Einwand: von dem Injurianten sei zu gewärtigen, dass er fortfahren werde zu beleidigen, ist nichtig.¹⁷⁾ Denn selbst wenn man solche Präsumpion gelten lassen will, so ist doch ersichtlich das gewählte Mittel, die Retorsion, ungeeignet, um den Injurianten von weiteren Beleidigungen abzuhalten: im Gegenteil, sie stachelt ihn zu neuen Injurien an. Ebenso unhaltbar ist die Konstruktion, derzufolge der Beleidigte darauf bedacht sein muss, durch die Retorsion die Folgen der Injurie abzuwehren. Denn das beste Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist die Klage; die Retorsion ist hierzu ein *remedium fragile et enerve*.¹⁸⁾ Es ist gar nicht wahr, dass durch die Retorsion der Beleidigte sich purgiere; denn wer steht ihm dafür, dass ihm und nicht vielmehr dem ersten Beleidiger von den Ohrenzeugen des Streits geglaubt wird?¹⁹⁾ Erfahrungsgemäss haben die Retorsionen keine andere Wirkung, als dass *injuriae ab exordio leviores et quae facili negotio potuissent componi, fiant asperrimae et saepius nunquam reconciliandae*. Der Funken des Hasses und der Leidenschaft wird durch die Retorsion

¹¹⁾ p. 1, th. 1, nota a).

¹²⁾ p. 2, th. 1, th. 3—7, th. 8—34, th. 35—38, th. 39—42.

¹³⁾ p. 2, th. 6, nota a).

¹⁴⁾ p. 3, th. 18—19.

¹⁵⁾ p. 3, th. 13, nota c).

¹⁶⁾ p. 2, th. 16, 17, 41.

¹⁷⁾ p. 2, th. 18, 19.

¹⁸⁾ p. 2, th. 18, 20.

¹⁹⁾ p. 3, th. 46.

erst recht angefacht. Der Retorquent verfährt genau so, wie jemand, der ihn anbellende Hunde mit einem Steine wirft oder auf sie mit einem Knüttel losgeht — die Hunde bellen ihn nur um so mehr an. Convicium convicio retorquere ist nichts anderes, als ignem igni addere oder Öl ins Feuer giessen.²⁰⁾ Denn dadurch, dass jemandem vorgeworfen wird, er sei ein Lügner, wird seine Wut nur gesteigert.²¹⁾ Aus letzterem Gesichtspunkt ist auch der Gebrauch von Retorsionen staatsverderblich; sie verderben die Sitten der Bürger und dienen nur dazu, die Reibereien noch unerquicklicher und heftiger zu machen, als sie ohnehin schon sind.²²⁾ — Die Provokation ferner entschuldigt den Retorquierenden nicht in totum, sie motiviert nur eine Milderung der Strafe. Auch ist nicht jedwede Folge dem autor rixae in die Schuhe zu schieben.²³⁾ Dass der Retorquent des animus injuriandi ermangle, ist nicht wahr. Denn die gebrauchten Ausdrücke sind eben injuriös. Einer, der wirklich nicht den animus injuriandi hätte, würde sich begnügen zu sagen: „Das ist nicht richtig“. ²⁴⁾

Die Belegstellen, die die herrschende Meinung aufischt, beweisen nicht, was sie sollen: so l. 3 D. de just. et jure;²⁵⁾ l. 14 § 6 D. de bon. lib.;²⁶⁾ l. 25 § 1 D. de procur.²⁷⁾ Gegenüber den verschiedenen üblichen Redewendungen übt Rennemann ebenfalls eingehende Kritik. Wo in aller Welt ist die Formel: „Retorquent wolle den Gegner so lange für einen (Schelmen pp.) halten, bis . . .“ in den Quellen zu finden?²⁸⁾ Zu »tu mentiris« hinzuzusetzen »ut fur« etc., ist ganz unsachlich; auch sind solche Zusätze, selbst wenn »tu mentiris« zu sagen erlaubt ist, dadurch noch nicht gedeckt;²⁹⁾ dieselben sind daher durchaus Rache.³⁰⁾ Und selbst das blosse »mentiris« zu gebrauchen,

²⁰⁾ p. 2, th. 28.

²¹⁾ p. 2, th. 38; p. 3, th. 46, nota b). S. auch den Adpendix am Schluss des Rennemann'schen Werkes.

²²⁾ p. 2, th. 36.

²³⁾ p. 3, th. 16, nota e); th. 39, nota c).

²⁴⁾ p. 3, th. 39, nota a).

²⁵⁾ p. 3, th. 5, nota g); th. 12—15.

²⁶⁾ p. 3, th. 16—17; th. 38, nota b).

²⁷⁾ p. 3, th. 17; th. 38, nota a).

²⁸⁾ p. 3, th. 19.

²⁹⁾ p. 3, th. 42.

³⁰⁾ p. 3, th. 43.

ist unnötig, da ja das einfache Bestreiten der Richtigkeit genügt.³¹⁾ Der Ausdruck »mentiris« ist rachehaft.³²⁾ Sehr zutreffend weist Rennemann auch auf die Schwächlichkeit des Unterschiedes zwischen der angeblich statthaften und der unerlaubten Retorsion hin: Auf den Vorwurf „tu es fur“ solle der so Gescholtene nach der gemeinen Meinung zwar zurückgeben dürfen »non sum fur, sed te pro fure tam diu habebo, donec me talem esse probaveris«. Erwidere er dagegen »immo tu es fur«, so verlasse er nach der herrschenden Meinung den Boden des Erlaubten. In Wahrheit sei aber doch die eine Antwort genau so viel wert, wie die andere.³³⁾

Wäre aber selbst die Retorsion qua defensio zuzulassen, so könnte dies doch nur von der in continenti erfolgten retorsio gelten. Keinesfalls lasse sie sich inter absentes ex intervallo rechtfertigen. Es sei irrig, anzunehmen, die Abwehr sei noch rechtzeitig, wenn der in absentia Beleidigte sie ins Werk setze, sobald er von der Injurie Kenntnis erlangt, und es ihm möglich gewesen sei, Notar und Zeugen aufzutreiben. Zwar könne niemand gegen eine Injurie Schritte thun, von der er noch nichts erfahren habe. Aber erfahre er die Injurie erst durch Mittelsleute, so sei eine nachträgliche Verteidigung nicht mehr möglich, weil das periculum impendens schon vorüber sei.³⁴⁾ Durchaus unvereinbar mit dem gemeinen Recht sei schliesslich die notarielle forma retorquendi.³⁵⁾ Gegenüber den gebräuchlichen Formularen, insbesondere den Volckmann'schen, macht Rennemann noch im einzelnen verschiedene treffende Bemerkungen.³⁶⁾

Rennemanns Angriffe hatten zunächst keinen durchschlagenden Erfolg. Eine Anzahl von Schriftstellern, darunter namhafte Gelehrte, führten aber den Kampf gegen das Retorsionsrecht fort, so dass doch schliesslich die Ansicht mehr und mehr verschwand, dass die Retorsion nach dem Corpus juris erlaubt sei. Als Gegner des jus retorquendi sind zu nennen: Sigismund Finkelthaus,³⁷⁾ Decher,³⁸⁾ Joh. Brunne-

³¹⁾ p. 3, th. 32.

³²⁾ p. 3, th. 35—37.

³³⁾ p. 3, th. 33, 34.

³⁴⁾ p. 3, th. 44.

³⁵⁾ p. 3, th. 45.

³⁶⁾ p. 3, th. 49.

³⁷⁾ Observationes practicae, obs. 37, insbesondere n. 21 sqq.

³⁸⁾ l. c., pos. 8, g).

mann,³⁹⁾ Ammersbach (Theologe),⁴⁰⁾ Christian Thomasius,⁴¹⁾ Just. Henning Böhmer,⁴²⁾ Gottl. Gerh. Titius⁴³⁾, Wolfg. Ad. Lauterbach,⁴⁴⁾ Samuel von Cocceji,⁴⁵⁾ Regner Engelhard,⁴⁶⁾ J. S. F. Böhmer,⁴⁷⁾ Strube⁴⁸⁾ und v. Quistorp.⁴⁹⁾

Zeitweise verliess der Kampf um das Retorsionsrecht den juristischen Boden und spielte sich hinüber auf das religiöse und ethische Gebiet. Schon bei Rennemann hatte die Prüfung der Frage, ob die *retorsio* mit dem *jus divinum* vereinbar sei, einen sehr breiten Raum eingenommen. So gut wie vollständig theologisch gehalten, übrigens auch von einem Geistlichen herrührend, ist die kleine Schrift von Heinrich

³⁹⁾ Exercitation. Justinian., ad § ult. J. de injur. 4,4, n. 10; Comment. in Pand., ad l. quae omnia (25) D. de procur. 3,3, n. 6; ad l. qui cum (14) § si libertus (6) D. de bon. lib. 38,2, n. 2; ad l. Praetor ait (7) D. de injur. 47,10, n. 7.

⁴⁰⁾ In seiner weiter unten näher bezeichneten Schrift, cap. 2: „dass das Retorsion-Recht und Wiederschelten wider das weltliche Recht sei“; cap. 3: „dass das Retorsion-Recht und Wiederschelten wider das natürliche Recht sei“.

⁴¹⁾ Dissert. de actione injuriarum (in seinen Dissertationes academ., Tom. III, diss. 106), § 24: Sämtliche drei Arten der Retorsion sind unerlaubt. Zu billigen ist nur das einfache Leugnen der Richtigkeit des erhobenen Vorwurfs. »Mentiris« ist Zufügung einer neuen Injurie; und gar erst die Rückgabe der empfangenen Injurie für eine statthafte Verteidigung zu halten, das widerstreitet allen Prinzipien der Vernunft. Man kann nichts Absurderes ausdenken, als dass is, quí alterum furem, adulterum, homicidam caet. vocaverat, tam diu etiam fur, adulter aut homicida sit aut ab altero pro tali haberi impune possit, donec convicium probet. Unbegreiflich ist, wie Menschen, die auch nur tantillum sanae rationis gehabt hätten, das Retorsionsrecht in die Praxis hätten einführen können. Thomasius vermutet (allerdings irrig), dass das Retorsionsrecht zusammen mit der actio ad palinodiam aus Spanien importiert worden sei.

⁴²⁾ Disput. de injustitia actionum injuriar. (respond. Rodenburg), Halae 1701 — später erneut herausgegeben unter dem Titel: Meditatio juridica de iniquitate et injustitia actionum injuriarum, Halae 1714, cap. 3, §§ 34 sqq.

⁴³⁾ Titius, Disputat. jurid., disp. 6, § 37, Observation. in comp. jur. Lauterb., obs. 1241. Freilich spricht sich der Autor schon hier sehr zurückhaltend aus, und anderen Orts (Jus privat., lib. 3, cap. 4, § 19) schwenkt er doch sehr ein, indem er meint, dass die Retorsion durchaus erlaubt sein müsse, sofern der Retorquent nur alle prazos affectus bei Seite lasse.

⁴⁴⁾ Coll. th.-pr., P. III, ad t. D. de injur. 47,10, §§ 58, 59.

⁴⁵⁾ Jus contr. civ., P. II, ad t. D. de injur. 47,10, qu. 30.

⁴⁶⁾ Versuch eines allgem. peincl. Rechts, 349. §.

⁴⁷⁾ l. c., ad p. 2, qu. 97, obs. 3.

⁴⁸⁾ Rechtl. Bedenken, Teil I, No. 86.

⁴⁹⁾ a. a. O., § 330.

Ammersbach, betitelt: „Retorsion-Discurs, das ist Christliche Erörterung des so genannten Retorsion-Rechts, woraus erhellet, was für ein unchristlich, ärgerlich, hochschädlich Werck es sey, wann man nach heutiger Weltmannier Scheltwort mit Scheltworten beantwortet . . .“, Hannover 1664 — grossenteils ein gemeinfasslich gestalteter Auszug aus Rennemann. Für den juristischen Leser ist von Interesse, dass auch Ammersbach aus Erfahrung bekundet, wie die Retorsionen, statt die Beleidigung beizulegen, im Gegenteil erst recht viel Zank angestiftet haben.⁵⁰⁾ — Auch in dem umfänglichen, an 400 Seiten starken Tractatus des praktischen Juristen Gerhard Pfankuch *De prohibitis verbalium injuriarum retorsionibus*, Francof. ad Moen. 1675, überwiegt das religiöse (daneben das naturrechtliche) Element das juristische um ein Bedeutendes. Pfankuch schilt das »jus retorquendi« als ein Teufelswerk, aus der Hölle, nicht aus dem Himmel leite die Retorsion ihren Ursprung her. Die Schrift ist durch starken Wortschwall fast ungeniessbar. Eigene neue Gesichtspunkte von Bedeutung sind darin nicht enthalten. Nicht mit Unrecht sagt J. H. Böhmer von Pfankuch, dass er eine gute Sache magis confuse, quam solide verteidige und nicht mit Gründen, sondern durch Häufung von Allegaten und Hinweis auf Autoritäten streite. Immerhin ist verdienstlich, dass der Rachecharakter der Retorsion und die Doppelbedeutung des Ausdrucks »vindicta« auch von Pfankuch scharf betont wird. Juristisch kommen von dem Werk folgende Stellen in Betracht: ad aphor. 5, § 7, ad aphor. 6, §§ 7—14, 19—60, 77—80, 84—101, 128, 138—198, 211—300, 711—729, 763—765; ad aphor. 10, §§ 1—46, ad aphor. 11, §§ 1 sqq., ad aphor. 12, §§ 1—5.

Die Zahl derer, die den von der Opposition hingeworfenen Fehdehandschuh aufnahmen, war nicht gross. Zwar hielt der grosse Haufe der juristischen Schriftsteller mit Zähigkeit an der hergebrachten Theorie fest.⁵¹⁾ Sie zu rechtfertigen und die erhobenen Einwände zu wider-

⁵⁰⁾ Vorrede § 3, cap. 2, § 5.

⁵¹⁾ Vgl. die Zitate oben § 24, Anm. 1; ferner: Rittershusius, *Commentar nov. in Institutiones*, ad. t. J. de injur. 4,4, § 2; Conrad Carpzov (älterer Bruder von Benedict Carpzov II.), *Disput. jurid. de celebri jur. articulo Quando et in quibus causis nobismet ipsis jus dicere possimus* (respondens: Christian Carpzov, jüngerer Bruder der beiden vorbezeichneten Carpzovs), Witteb. 1629, th. 23; Ad. Volckmann, *Tractat. criminal.*, Dritter Teil, cons. 11, n. 44; G. A. Struve (respond. Kahle), *Diss. jurid. de necess. defensione*, cap. 3, n. 16, cap. 4, n. 7;

legen unternahmen aber nur wenige. Zu letzteren gehören Valent. Riemer,⁵²⁾ Joh. Lud. Langius,⁵³⁾ ferner Georg Frantzkius,⁵⁴⁾ welcher, um den Defensionscharakter der Retorsion zu retten, hauptsächlich auf das Harpprecht'sche Auskunftsmittel zurückgreift: von dem, der eine Beleidigung ausgesprochen, sei zu erwarten, dass er damit fortfahren werde; zur Verhütung der zu erwartenden Injurien diene die Retorsion; daneben legt Frantzke der Retorsion die Fähigkeit bei, das *radices agere* der Injurie zu hintertreiben, und argumentiert ganz verfehlt: wenn es schon statthaft sei, gegen drohende Verletzungen Widerstand zu leisten, so müsse dies um so mehr gegenüber schon geschehener vis gelten! Gerade bei Frantzke schimmert aber die Zwiespältigkeit des Begriffes der Retorsion, welche bald defensio, bald ultio ist,⁵⁵⁾ sehr stark durch. Gottfried Fibig meint: die Opposition werde von allzu grosser Zaghaftheit beherrscht. Nur das Eine sei zuzugeben, dass die instrumentelle Retorsionsform meist dem Erfordernis des in continenti nicht genügen und daher unerlaubt sein werde.⁵⁶⁾ Den eifrigsten Vorkämpfer fand das jus retorquendi in G. A. Struvius. Wohl erkennt er rückhaltlos an, dass sich ex legibus Justinianeis ein unmittelbarer Nachweis zu Gunsten des Retorsionsrechts nicht führen lasse, dass vielmehr die bisher von der communis opinio herangezogenen Fragmente keine Beweiskraft hätten.⁵⁷⁾ Aber die Retorsion

Ernesti (respond. v. d. Schulenburg), Discurs. jurid. de defensione necess., th. 13; Ludwell, Exercitation. ad Instit., ex. 15, th. 6, nota g); Ganteswiler, in den Disputation. jurid. selectior. Basiliens., Vol. singulare, disp. 19, th. 11; Schilter, l. c., exerc. 49, § 34; Otto, Corp. jur. criminal. Caroli V. Imper., Ulm 1685, pag. 417, 427; Lilien (respond. Gedult), Diss. inaugur. jur. de injuriis, th. 36; Homborg, Consilia s. resp. Helmstadiens., cons. 38, n. 1, 2, 6—9; cons. 247, n. 2; Gerhard, l. c., ad t. D. de injur. 47, 10, § 10; Corpus jur. militaris noviss., I, Sp. 70; J. C. H. Dreyer, Sammlung vermischter Abhandlungen, T. I, S. 28, Anm. 12; Es. Pufendorf, Introductio in process. crimin. Luneb., cap. 25, § 42 i. f.; Engau, l. c., lib. 1, tit. 22, § 285; Meister der Ältere, l. c., sect. 2, cap. 29, § 9, n. 3; Koch, Institut. jur. crimin., lib. 2, cap. 22, § 376; Hellfeld, l. c., diss. 21, § 8; Eisenbach (praes. Kapff), Diss. de compensatione circa maleficia, § 16, pag. 41; Höpfner, a. a. O., § 1066.

⁵²⁾ Decades XV quaestion., dec. 12, qu. 8.

⁵³⁾ Centuria insignior. jur. quaestion., dec. 9, theor. 3.

⁵⁴⁾ l. c., exerc. 12, qu. 7.

⁵⁵⁾ Vgl. »retaliare«, l. c., n. 5.

⁵⁶⁾ l. c., exerc. 12, qu. 7.

⁵⁷⁾ l. c., cap. 10, aphor. 6, n. 1—6.

sei aus den Sätzen des jus naturale abzuleiten; zu Unrecht werde ihr der Charakter als Verteidigung abgesprochen. Dass dieselbe erst nach geschehener Beleidigung vorgenommen werde, hindere nicht, sie als defensio aufzufassen: sicuti qui in continenti recuperat res ablatas, vim vi repulisse et non tam recuperasse possessionem, quam continuasse videtur, ita quoque non est opus, ut retorsione vis avertatur, ne fiat, sed etiam justa est defensio, si injuriam in continenti retorquendo honor conservetur.⁵⁸⁾ Chr. Phil. Richter betont neben dem Verteidigungsgedanken sehr stark den Gesichtspunkt, dass der Injuriant sich selbst die ihm widerfahrene Retorsion zu danken habe: Nemo gravatur nec juste indignatur, qui patitur tela in se retorqueri, quae ipse torserit.⁵⁹⁾ Anhänger der alten Defensionslehre ist ferner Schwendendoerffer.⁶⁰⁾ In späterer Zeit, als bereits der Glaube an die Legalität der Retorsion stark im Schwinden begriffen war, nahm Augustin von Leyser das hergebrachte Dogma in Schutz: Retorsion ist besser und nützlicher als Anstrengung der Injurienklage; *remedium retorsionis utiliter ac pie adhibetur*. Die Quellenstellen, die bisher von der Wissenschaft als Belege benutzt worden sind, sind noch um eine weitere zu vermehren: l. 4 § 1 D. de alien. jud. mut. c. f. 4, 7. Wenn in der Retorsion wirklich aliquid ultionis steckt, so ist dies doch weniger, als in der ordentlichen Injurienklage an Rache enthalten ist.⁶¹⁾ Übrigens taucht bei Leyser auch der über den Retorsionsfall hinausreichende Gesichtspunkt des odium gegen den autor rixae auf: dieser kann grundsätzlich, selbst wenn der Provokat einen Exzess begangen hat, keine Privatgenugthuung fordern.⁶²⁾ Mit Entschiedenheit suchte endlich J. H. Meier das Retorsionsrecht zu stützen: uti evidens requirit aequitas, ut is, qui plus justo sibi asseruit, laeso illud vel aequipollens reddere teneatur: ita retorsio ad obtinendam illam satisfactionem comparata et talionis species est. Malum enim, quod quis perpessus est, aequali malo rependit, non ut meram vindictam, quae nihil

⁵⁸⁾ ibid., n. 9—14, 17—25.

⁵⁹⁾ Decis., P. II, dec. 92, n. 1—5; sowie die Disputation De retorsione injuriarum.

⁶⁰⁾ in seiner Ausgabe von Eckolts Compendiaria Pandect. tract., ad t. D. de injur. 47, 10, § 20, annot. ad verb. »non sit species defensionis«. S. auch Schwendendoerffer, Process. Fibig., cap. 2, membr. 2, sect. 3, § 8, Anm. *).

⁶¹⁾ Medit. ad Pand., spec. 542, m. 9; Disput. de pietate ac justitia remediorum contra injurias (respond. F. O. Mencken), cap. 9.

⁶²⁾ Med. ad Pand., sp. 89, m. 10; sp. 543, m. 6.

aliud praeter laedentis dolorem habet propositum, exerceat, sed ut malo in hostem retorto eum neglecti socialitatis officii admoneat, incusso pudore redditoque dolore a novis insultationibus absterreat, atque sic existimationem suam conservet, minimum, ne opinione vulgi labes aliqua ei adpersa credatur. Addendum est et hoc, non injuste a legibus toleratam esse vindictam hanc privatam, cum ob consultam judiciorum corruptionem (sic!) in tali casu praestet se ipsum defendere, quam tardo, saepe etiam inefficaci et noxio processu causam experiri.⁶³⁾

Während solchergestalt darum gestritten wurde, ob das Retorsionsrecht aus dem Corpus juris zu belegen sei oder wenigstens aus den obersten Grundsätzen des jus Romanum sich herleiten lasse, oder nicht, erschien den Verfechtern des wankenden jus retorquendi ein Bundesgenosse in Gestalt des usus. Schon Rennemann prophezeite, wahrscheinlich würden die Doctores Retorsionis ihm einwerfen, dass die Retorsion, wenschon sie sich nicht aus dem Justinianischen Gesetzgebungswerk nachweisen liesse, doch jedenfalls durch Gewohnheitsrecht rezipiert sei. Er wandte dagegen ein, eine solche Gewohnheit, welche die Retorsion konzedierte, sei irrational, wider das jus divinum und wider die salus publica, und deswegen nicht bindend.⁶⁴⁾ Es kam so, wie Rennemann es erwartet; und trotz seines antizipierten Widerspruchs gewann die Lehre vom jus retorquendi auf diese Weise neue Kräfte. In der That begannen jetzt die Verfechter des Retorsionsrechts darauf hinzuweisen, dass die Retorsion nun schon dezennienlang in unangefochtener Übung und somit gewohnheitsrechtlich gefestigt, zu einem remedium consuetudinarium geworden sei. Noch wichtiger war, dass selbst die prinzipiellen Retorsionsgegner grossenteils solchen usus zugaben. Ja, viele Juristen übergingen jetzt die Frage der Legalität der Retorsion mit Stillschweigen. Diese Frage trat immer mehr in den Hintergrund. Als Dissident gegen die Usualität trat zwar Pfankuch auf: Eine thatsächliche Gepflogenheit dürfe man nicht gleich zu einer Rechtsübung stempeln; die hergebrachte Lehrmeinung beruhe auf irriger Auslegung der Quellen; Schuld hieran sei Bartolus durch seine falsche Auslegung der l. quae omnia D. de procur.; ihm sei die juristische Welt einfach gefolgt. Der Gebrauch von Retorsionen

⁶³⁾ J. H. Meier (respond. Fincke), Dissert. inaug. jurid. De moralitate actionum injuriarum, cap. 2, § 24.

⁶⁴⁾ l. c., p. 3, th. 20.

könne vor der juristischen Prüfung auch nicht Stich halten, weil er dem natürlichen, dem göttlichen, dem moralischen Recht zuwiderlaufe, während doch nur die *bona consuetudo*, nicht die *corruptela* rechtsverbindlich sei. Überdies sei der angebliche *usus* auch nicht exakt nachgewiesen.⁶⁵⁾ Aber über Rennemanns und Pfankuchs Protest hinweg erwuchs zum Dogma der Satz: Die Retorsion ist als ein erlaubter Rechtsbehelf *moribus Germaniae introducta et recepta*.⁶⁶⁾ Insbesondere wurde Struvius, gegen dessen Traktat *de vindicta privata* sich Pfankuchs Streitschrift in erster Linie richtete, durch letztere nicht überzeugt. Selbst mit anderweiten Arbeiten sehr überhäuft, übertrug er die Entgegnung auf Pfankuchs Angriff seinem Freunde J. Ph. Slevogt. Derselbe liess diesem Auftrage gemäss 1675 zu Jena eine kleine Schrift erscheinen, betitelt: *Ad Dn. Gerhardum Pfankuch epistola de vindicatione injuriarum approbatae moribus et legibus sententiae de aequitate retorsionis injuriarum interpres*. Ganz im Struv'schen Geiste wird hier ausgeführt, dass die Retorsion sich zwar mit *Corpus-juris*-Stellen nicht belegen lässt, dass sie aber weder unbillig, noch dem *jus divinum* und der *christiana charitas* zuwider ist, und die *consuetudo judiciorum* et *tacitus summae potestatis consensus* eam publice dudum recepit et confirmavit, dass sie *diuturnis moribus comprobata est* und *longo tempore vigorem juris accepit*.

Damit war die Retorsionslehre in ein neues Stadium getreten.

⁶⁵⁾ l. c., ad aphor. 6, §§ 39—60, 80, 84—101.

⁶⁶⁾ S. Finkelthaus, l. c., obs. 37, n. 52, 54; G. A. Struvius, cap. 10, aphor. 6; Heinr. Hahn, *Observata theor.-pract. ad Matth. Wesenbeck*, P. II, dissert. 13, ad t. D. de injur. 47,10, n. 18, verb. »Potius civiliter«; Chr. Ph. Richter, *De retorsione injur.*; Amad. Eckolt, *Compendiaria Pand. tractatio*, ad t. D. de injur. 47,10, § 20; Mevius, *Decis. Vismar.*, P. V, dec. 337; Joh. Jauditz, *Diatribae acad. jurid. De famosis libellis, vulgo Pasquillen* (praes. E. F. Schröter), th. 9; Brunne-mann, *Comment.*, ad l. quae omnia (25) D. de procur. 3,3, n. 8; Stryk, *De alapa*, cap. 3, n. 10; *Usus mod. Pand.*, Tom. IV, ad t. D. de injur. 47,10, § 38; Hertius, l. c., lib. 1, par. 99, th. 1—3; Joach. Hoppe, l. c., ad § 12 J. de injur. 4,4, *usus hodiernus*; Engelbrecht, l. c., ad t. D. de injur. 47,10, § 53; Ludovici, *Doctrina Pandect.*, ad t. D. de injur. 47,10, § 15; Lauterbach, *Coll. th.-pr.*, P. III, ad t. D. 47,10, §§ 57, 60, 61; Derselbe in den *Consil. Tubing.*, Vol. IV, cons. 117, n. 47; Berger, *Oeconomia jur.*, lib. 3, tit. 9, § 17, nota 1; J. A. Stephani, *Compend. jur.*, ad t. D. 47,10, § 11; Gärtner, l. c., art. 110, § 2; Schweder, in den *Cons. Tub.*, Vol. I, cons. 23, n. 6; Schaumburg, l. c., ad t. D. 47,10, § 10; Strube, *Rechtl. Bed.*, Teil I, No. 86; v. Quistorp, a. a. O., § 330 (*Gerichtsgebrauch, nicht gemeine Gewohnheit*).

§ 26.

3. Wirkungen der Retorsion.

I. Mit dem Streit über die Erlaubtheit der Retorsion geriet nicht etwa auch die Lehre von der klagezerstörenden Wirkung derselben ins Wanken. Im Gegenteil, sie musste neue Kräfte gewinnen, wenn die Retorsion als unerlaubt erkannt wurde; denn je klarer sich der Rachecharakter derselben enthüllte, um so mehr passte die Argumentation Bocers und Harpprechts, wonach der Retorquent wegen seines eigenmächtigen Verhaltens der *remedia ordinaria* unwürdig erschien. Nur sehr wenige Stimmen erklärten sich gegen die Bocer-Harpprecht'sche Theorie. So als Erster Heinrich Nebelkrä, Professor in Giessen.¹⁾ Er vermisste sehr richtig den quellenmässigen Nachweis: Nirgends, betonte er, wird die Retorsion in den Quellen unter den *modi tollendarum obligationum* aufgeführt. In sehr verständiger Ausführung weiter deckte er die Inkonsequenz der neuen Meinung auf: die Retorsion ist ja doch erlaubte Verteidigung; niemandem ist es aber bislang in den Sinn gekommen, etwa dem, der sich gegen *vis illata* der Notwehr bedient hat, nachher die Klage wegen des ihm widerfahrenen Angriffs zu versagen. Die Retorsion und die aestimatorische Injurienklage sind eben Rechtsbehelfe, die nach ganz verschiedenen Richtungen auseinander streben; mit der Retorsion erstrebt man nur Verteidigung, *purgatio*, mit der Klage aber Genugthuung, *satisfactio*; deswegen ist unmöglich, dass das Eine das Andere solle vertreten können. Zum Überfluss fehlt dem Retorquenten durchaus der Wille, auf die weitere Verfolgung der Injurie im Klagewege Verzicht zu leisten; *ultra intentionem agentium* aber *actus agentium nihil operantur*. Nach alledem steht die Retorsion einer nachherigen Anstrengung der aestimatoria nicht im Wege. Für Nebelkrä ergriff Rennemann in ähnlicher Ausführung Partei,²⁾ und diesem schloss sich Decher an.³⁾

Dagegen erfuhren Nebelkräs Ausführungen sofort nach ihrer Publikation lebhaften Widerspruch von Seiten Matth. Berlichs mit solchem Erfolge, dass 1638 Carpzov sagen konnte, die Bocer-Harpprecht'sche Theorie sei die herrschende. Carpzov selbst schliesst

¹⁾ Decision., sententiar. et praejudicior. forens. liber primus, Giessae 1617, dec. 18, pag. 213—217.

²⁾ l. c., p. 3, th. 47.

³⁾ l. c., pos. 8 g).

sich, wie zu erwarten, an Berlich an.⁴⁾ Es folgten weiter G. A. Struv⁵⁾ und Chr. Phil. Richter.⁶⁾ Dabei that die Lehre aber keinen Schritt vorwärts; neue Gesichtspunkte wurden nicht aufgestellt, ausser dass Struv sich auch hier auf die *consuetudo* berief, durch die die Klagezerstörlichkeit Rechtens geworden sei. Trotzdem somit Nebelkräs Deduktionen unwiderlegt blieben, zog doch die gemeine und nach Decher wohl allein herrschende Meinung hinter Bocer, Harpprecht, Berlich her, und zwar sowohl Anhänger des *jus retorquendi*,⁷⁾ wie Gegner,⁸⁾ und endlich auch solche, die über die Frage nach dem *licet* sich gar nicht aussprechen oder in dieser Hinsicht unentschieden sind.⁹⁾

⁴⁾ Berlich, l. c., P. V, concl. 64, n. 37—43; Carpzov, Decision., P. III, dec. 247, n. 1—3; Pract. nova, P. II, qu. 97, n. 31—38; vgl. Jurisprud. forens. Rom.-Sax., p. 4, const. 46, def. 10, n. 1—8.

⁵⁾ l. c., cap. 10, aph. 12; aph. 6, n. 25, 6).

⁶⁾ Richter, De retors., th. 103, 104; Decis., P. II, dec. 92, n. 14—15.

⁷⁾ Cöppen, l. c., lib. 2, obs. 82, n. 11, 12; Volckmann, Inform. notar., T. 2, tit. 21, cap. 82, n. 17; Just. Meier, l. c., n. 22; Tabor bei Meier, l. c., annot. zu n. 21; Grüner, l. c., cap. 3, th. 20; Mevius, Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, art. 10, n. 7; Decis. Vism., P. V, dec. 337; Hahn, l. c., P. II, diss. 13, ad t. D. de injur. 47,10, n. 13 verb. »Dissimulatione«; Eckolt, l. c., ad t. D. de injur. 47,10, § 20; Eichel, l. c., th. 40; Joh. Cramer, l. c., lib. 2, cap. 11, n. 8; Otto, l. c., pag. 427—428; Schwendendoerffer, Proc. Fibig., cap. 2, membr. 2, sect. 3, § 8, insbes. nota i); Stryk, Usus modern. Pand., Tom. IV, ad t. D. de injur. 47,10, § 38; Hoppe, l. c., ad § 12 J. de injur. 4,4, usus hodiernus; Engelbrecht, l. c., § 53 i. f., § 54; Lilien, l. c., th. 36; Berger, Supplem. zu den Electa discept. forens., P. II, tit. 1, suppl. 2, n. 1, s. auch das Responsum der Wittenbergischen Fakultät das. hinter n. 11, pag. 6; Frölich von Frölichsburg, a. a. O., Buch 4, tit. 21, n. 22; Lauterbach, Coll. th.-pr., P. III, ad t. D. 47,10, § 64; Homborg, l. c., cons. 38, n. 15, 16; cons. 247, n. 3; Corpus jur. militar. noviss., I, Sp. 70; Schweder, in den Cons. Tub., Vol. I, cons. 23, n. 8, 9; Vol. VI, cons. 93, n. 30, 31; Engau, l. c., lib. 1, tit. 22, § 291, 4); Schaumburg, l. c., ad t. D. 47,10, § 10; Meister der Ältere, l. c., sect. 2, cap. 29, § 9, n. 3; Koch, l. c., lib. 2, cap. 22, §§ 376, 377, 382 d); v. Quistorp, a. a. O., Bd. I, Abth. 2, § 330; Höpfner, a. a. O., §§ 1073, 1075, 1).

⁸⁾ Bachovius, l. c., ad Vol. II, disp. 30, th. 7, lit. E, F & G.; Brunne-
mann, Exerc. Just., ad § ult. J. de injur. 4,4, n. 8, 9; Comment., ad l. quae omnia (25)
D. de procur. 3,3, n. 7; Pfankuch, l. c., ad aphor. 6, § 3020; Thomasius, De
actione injuriarum, § 24; Engelhard, a. a. O., 349. §; J. H. Böhmer, Consult. et
decis., Tom. III, P. 3, dec. 807, n. 2.

⁹⁾ Joh. Strauch, Ad. univ. jus Justin. priv. dissertationes theor.-pract., diss. 19
aphor. 15 i. f.; Oldekop, Decades 5 quaestionum (Tractatus alter contra Dn. Ben.
Carpzovium), dec. 4, qu. 3, n. 17, 32; G. G. Titius (über dessen Stellung zum jus
retorquendi s. oben § 25, Anm. 43), Jus priv., lib. 3, cap. 4, § 19; Grass in den
Cons. Tub., Vol. V, cons. 3, n. 10; cons. 54, n. 77; cons. 57, n. 18.

Fortan ist also die Retorsion ein Surrogat der Injurienklage. *Est idem effectus retorsionis, qui sententiae judicialis*. Der Gebrauch der Retorsion giebt dem Gegner zur Entkräftung der actio injuriarum (und der diffamatoria) die exceptio subsecutae retorsionis in die Hand. Die Retorsion fällt unter die *modi tollendarum injuriarum*. Ja, ihr Zweck ist geradezu, ut quis injuriarum actionem evadat, sumptibus parcat et per eam honorem, famam et existimationem suam conservet — womit man seltsamerweise die Vorstellung verband, als bringe die Retorsion dem Beleidigten grosse Vorteile, weil seine Ehre so auf kürzestem Wege gereinigt sei, und er nicht mehr nötig habe, sich auf den beschwerlichen Weg des Prozesses zu begeben.

Übrigens übte die Theorie von der Klagezerstörlichkeit der Retorsion auf die Statthaftigkeit dieser letzteren einen Rückschlag aus indem sie zu einer neuen negativen Bedingung führte.

Unter den Gründen, die für die Theorie von der Klagekonsumption bestimmend wurden, befand sich nämlich, wie oben gezeigt, u. a. die Erwägung: Retorsion und Klage dienen ebenmässig der purgatio honoris; ergo genügt bereits die Retorsion, sie lässt der Klage keinen Platz übrig. Dieser Grund musste aber konsequentermassen auch dazu führen, die Injurienklage mit der Wirkung auszustatten, dass sie die Möglichkeit der Retorsion konsumierte. Denn dienten beide remedia einem Ziel, so mussten sie sich auch gegenseitig ausschliessen, wenn anders ihre Elektivität keine hinkende sein sollte. Nun weiss zwar Wesenbeck¹⁰⁾ noch nichts davon, dass der Beleidigte sich durch Erhebung der Klage des remedium retorsionis begeben oder etwa, dass eine Retorsion, die während obschwebenden Prozesses erfolge, diesen beende. Indess liegt Wesenbecks Thätigkeit ja noch vor dem Beginn der Bocer-Harpprecht'schen Theorie, so dass solche Kumulation hier nicht befremden kann. Als dagegen demnächst die Lehre von der Klagezerstörlichkeit der Retorsion sich ausbreitete, dauerte es nicht lange, bis die Autoren zu den Sätzen gelangten: *Actione injuriarum intentata retorsio exstinguitur* — *qui judicalem tramitem ingressus est, non permittendus est ab eo ad autoritatis propriae exercitium retrogredi*; *pendente lite super injuriis non est locus retorsioni*. Dabei wurde daran festgehalten, dass die einmal ausgeübte Wahl peremptorische Wirkung habe. Der Kläger kann somit die Klage nicht fallen lassen,

¹⁰⁾ Resp., P. III, cons. 142, n. 47.

um noch zu retorquieren. Retorsion nach angestrongter Injurienklage ist schlechterdings strafbare injuria.¹¹⁾ Doch ist vereinzelt auch der Standpunkt vertreten, dass zwar actio aestimatoria und Retorsion nicht kumuliert werden können, aber mit der Massgabe, dass, wenn der Beleidigte nach erhobener Klage retorquiert, dadurch die Klage nach rückwärts hin erlischt.¹²⁾

II. Nicht nur die ästimatorische und die Diffamationsklage gehen dem Retorquenten verloren, sondern auch die Klagen auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung, — alle remedia privata.¹³⁾ In diesem Punkte stimmte auch Nebelkrä mit der herrschenden Meinung überein.¹⁴⁾

III. Es ist im Vorstehenden gesagt, dass „die Retorsion“ klagezerstörende Wirkung hat. Hierbei ist an die retorsio κατ' ἐξοχήν, die retorsio legitima zu denken, also nicht etwa an jedwede beliebige Injurienerwiderung, sondern ausschliesslich die nach der hergebrachten Meinung statthafte „defensive“ Retorsion. Dies muss zwar befremdlich erscheinen: Denn verdient schon derjenige, der legitime se ulciscitur, nicht, dass die Obrigkeit ihm ihren Arm leiht, um wie viel weniger wird, so sollte man folgern, derjenige, der seinen Rachedurst über das Erlaubte hinaus befriedigt, sich dann noch auf richterlichen Schutz Hoffnung machen können! Und — vom Standpunkt des Injurianten gesehen: Ist seine Injurie nur abgewehrt worden, dann ist ihm im Wege der civilen Injurienklage nichts anzuhaben; ist ihm aber durch den Injuriaten mehr Leides angethan, als erlaubt, dann wird er auf Klage des Injuriaten noch obenein bestraft. Dennoch war die Bocer-Harpprecht'sche Klagekonsumptionstheorie nur auf die retorsio legitima gemünzt, und wurde zunächst auch durchaus in solchem Sinne weitergeführt.¹⁵⁾ Erst später, als die typische Ausprägung der alten Retorsion

¹¹⁾ Just. Meier, l. c., n. 22; Richter, De retors., th. 107; Mevius, Dec. Vism., P. V, dec. 337, 338; Brunnemann, ad l. quae omnia (25) de procur. 3,3, n. 7; Engelbrecht, l. c., § 53 i. f.

¹²⁾ Otto, l. c., pag. 427, 428.

¹³⁾ Carpzov, Pract., P. II, qu. 97, n. 36; Struv, l. c., cap. 10, aphor. 12, n. 5; Otto, l. c., pag. 428; Berger, Supplementa zu den Electa discept. forens., P. II, tit. 1, suppl. 2, n. 1; Meister der Ältere, l. c., sect. 2, cap. 29, § 9, n. 3; Koch, l. c., lib. 2, cap. 22, § 376, 377, 382 d); Engelhard, a. a. O., 349. §.

¹⁴⁾ l. c., dec. 18, pag. 217.

¹⁵⁾ Besonders deutlich ausgesprochen bei Carpzov, Pract., P. II, qu. 97, n. 39; Jurisprud. for. Rom.-Sax., p. 4, const. 44, defin. 12; Lauterbach, in den Cons. Tubing., Vol. II, cons. 14, n. 17; Schweder, ibid., Vol. I, cons. 23, n. 9.

(tu mentiris u. s. w.) überhaupt mehr und mehr in Vergessenheit geriet und sich damit der Unterschied zwischen unerlaubter Gegenbeleidigung und erlaubter Retorsion zu verwischen, auch der Name »retorsio« auf erstere sich mit zu erstrecken begann, gaben manche Autoren jeder Rückbeleidigung klagezerstörliche Wirkung.¹⁶⁾

Der moderne Gedanke, dass dem ersten Angreifer die empfangene Verletzung als Strafübel angerechnet wird, ist dem 17. und 18. Jahrhundert noch unbekannt. Mevius lehnt ihn ausdrücklich ab:

Non quod ex sua culpa dolores et afflictionem ab alio sentit, id ad impunitatem injuriae primum illatae proficere debet.¹⁷⁾

IV. Ganz unberührt von der konsumierenden Wirkung der Retorsion bleibt der öffentliche staatliche Strafanspruch wider den Injurianten. Nur gegenüber den privaten Klagen des Retorquenten ist dem ersten Angreifer die exceptio retorsionis gegeben. Gegenüber der kriminellen Bestrafung versagt sie. »Notandum«, sagt Carpzov,¹⁸⁾ »quod, licet per retorsionem actio injuriarum tollatur, magistratui tamen haudquam praejudicetur, quo minus injuriantem ex officio punire queat.« Gegen Carpzov trat zwar Oldekop¹⁹⁾ in seiner heftigen Art auf. Carpzov, behauptet er, entscheide sich für seine Ansicht rein aus engherziger Gunst für das fiskalische Interesse. Die Frage müsse aber *juridice*, nicht *oeconomice* behandelt werden, und juristisch könne bei Verbalinjuriën ein öffentliches Interesse, wegen dessen auf Strafe zu erkennen, überhaupt nicht in Frage kommen; überdies sei durch die legitima retorsio die Injurie vollkommen aufgezehrt, und da sonach *nihil de injuria remanet*, so könne keiner, und wäre es selbst der Staat, gegen den vormaligen Injurianten noch ein Klagerecht haben: Ein toter Hund beisst nicht mehr. Oldekop hatte mit dieser Ausführung kein Glück. Theorie und Praxis hielten es mit der Ansicht Carpzovs.²⁰⁾

¹⁶⁾ S. Grass, in den Cons. Tubing., Vol. V, cons. 57 (von 1708), n. 17, 18; J. H. Böhmer, Consult. et decis., Tom. III, P. 3, dec. 807, n. 2.

¹⁷⁾ Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, art. 10, n. 13, 14.

¹⁸⁾ Pract., P. II, qu. 97, n. 41.

¹⁹⁾ l. c., dec. 4, qu. 3, n. 1, 12, 32, 38.

²⁰⁾ Vgl. Mevius, Ad jus Lub., lib. 4, tit. 4, art. 10, n. 13, 14; Struv, l. c., cap. 10, aphor. 12, n. 3; Lauterbach, Disputat. jurid., Vol. III, disp. 11, th. 40; Derselbe, Coll. th.-pr., P. III, ad t. D. de injur. 47, 10, § 44 i. f., § 64; Derselbe,

V. So war das Resultat der Rechtsentwicklung im Falle der eigentlichen Retorsion das, dass der erste Angreifer vor der Ästimatoria, der Diffamationsklage und den civilen Nebenklagen sicher war, der öffentlichen Strafe aber verfallen blieb. Der zweite Angreifer war nach Ansicht der Anhänger des *jus retorquendi*, weil nicht Delinquent, ganz mit Strafe zu verschonen, nach Auffassung der Gegner voll strafbar. Die Modifikationen dieses Ergebnisses durch die Kompensationslehre werden sogleich des Näheren erörtert werden.

Lag keine eigentliche *retorsio* vor, handelte es sich also z. B. um Erwiderung von Thätlichkeiten oder mit solchen, oder um einfache Gegenbeleidigung (»tu fur«, Antwort »tu latro«), so waren, insoweit wir von der oben bei Anm. 16 erwähnten Verschiebung der bisherigen Lehre absehen, und vorbehaltlich des etwaigen Einflusses einer *compensatio*, beide Teile zu strafen.

In allen Fällen jedoch, in denen der Erwidrer straffällig ist, wird dem Affekt, in dem er gehandelt, Rechnung getragen: er wird milder angesehen, statt der *poena ordinaria* trifft ihn eine extraordinäre Kriminalstrafe, statt zu Widerruf wird er gegebenenfalls nur zu einer Abbitte verurteilt.²¹⁾ Allmählich kam auch die in der vorigen Periode von Gilhausen vertretene Auffassung zum Durchbruch, wonach bei der Strafzumessung die Strafe des Erwidrers gegen die des ersten Angreifers abzuwägen ist dergestalt, dass jener mit milderer Strafe, als dieser, belegt wird.²²⁾

in den Cons. Tub., Vol. II, cons. 14, n. 18; Richter, De retors., th. 105; Otto, l. c., pag. 428; Frölich, a. a. O., Buch 4, Tit. 21, n. 22; Homborg, l. c., cons. 38, n. 16 („nicht gross zu strafen“, also doch zu strafen); Schaumburg, l. c., ad t. D. 47,10, § 10; Engelhard, a. a. O., 349. §; J. S. F. Böhmer, l. c., ad p. 2, qu. 97, n. 41, obs. 4; Strube, a. a. O., T. IV, Bed. 55 a. E.; v. Quistorp, a. a. O., § 330.

²¹⁾ Rennemann, l. c., p. 3, th. 16, nota e); Finkelthaus, l. c., obs. 37, n. 42; Consilia Argentor., Vol. II, cons. 94, n. 11; Mevius, Ad jus Lub., lib. 4, tit. 4, art. 10, n. 5, 6; Struv, l. c., cap. 10, aph. 10, n. 7, 12; Richter, Decis., P. II, dec. 92, n. 17; De retors., th. 88; Lauterbach, Disput. jurid., Vol. III, disp. 11, th. 11; disp. 12, th. 47, 48; Derselbe, Coll. th.-pr., P. III, ad t. D. 47,10, § 63, 2); Stryk, Us. mod. Pand., ad t. D. 47,10, § 38; Hoppe, l. c., ad § 12 J. de injur. 4,4, us. hod; Casp. Matth. Müller, l. c., cap. 2, § 14, n. 42; Frölich, a. a. O., Buch 4, Tit. 21, n. 22; Gasser, l. c., § 27 (mildere Strafe für denjenigen, der gerichtlich retorquiert hat, vgl. oben § 24, Anm. 31).

²²⁾ So ein Gutachten der Jenenser Fakultät von 1630, Richter, Decis., P. II, dec. 92, n. 18; De retors., th. 88; Es. Pufendorf, Introd. in proc. crim. Lun., cap. 25, § 42 i. f.; Engelhard, a. a. O., 349. §; Eisenbach (praes. Kapff), De compensatione circa maleficia, § 16, pag. 41; Hommel, Rhapsod. quaest., Vol. II, obs. 383, n. 1.

II. Kompensation.

§ 27.

I. *Compensatio delictorum.*

Die Lehre von der Deliktskompensation behielt zuvörderst das gleiche Gepräge, wie sie es in der ersten Periode getragen. Obschon einige kritische Geister richtig erkannten, dass die *delicta ipsa* nach römischem Strafrecht kein *habile compensationis objectum* seien,¹⁾ blieb die gemeine Meinung doch dabei stehen, dass in Ansehung der civilen Klage *paria delicta circa idem commissa* kompensabel seien.²⁾ *Delicta atrocia* wurden zuweilen ausgenommen.³⁾

Eine Wandlung vollzog sich später insofern, als das Requisit »circa idem« allmählich in Vergessenheit geriet.⁴⁾

Die Kriminalstrafe blieb der Kompensation unzugänglich.⁵⁾ Nur machte Carpzov einen neuen singulären Gebrauch von der Aufrechnungsregel: Ehegatten, die beide die Ehe gebrochen, will er milder bestraft wissen, und zwar (ausser aus anderen Gründen) zufolge der Erwägung, dass *paria delicta mutua compensatione tollantur*.⁶⁾

¹⁾ Vgl. Bachov ad Treutl., Vol. I, disp. 25, th. 9, lit. C.; Silberradt, l. c., th. 36; Eckolt, l. c., ad t. D. de compens. 16,2, § 3.

²⁾ Theodoricus, l. c., disp. 10, th. 7 f); Hunnius, Coll. crim., disp. 15, n. 47, 48; Rennemann, l. c., p. 3, th. 3, nota b); Carpzov, Pract., P. II, qu. 97, n. 44; Mevius, Ad jus Lub., lib. 4, tit. 4, art. 9, n. 8, 9; Richter, De retors., th. 79; Oldekop, l. c., dec. 4, qu. 3, n. 30; Ganteswiler, l. c., disp. 19, th. 11; Eisenbach, l. c., § 17, pag. 42.

³⁾ Clasen, l. c., ad art. 110, § 6, 10); Brunquell, l. c., Tom. II, cap. 1, § 31.

⁴⁾ Vgl. Brunnemann, ad l. si ambo (10) D. de compens. 16,2, n. 4; Engelbrecht, l. c., ad t. D. de compens. 16,2, § 8,2; Beyer, Delin. jur. sec. Pand., ad t. D. de comp. 16,2, § 28; Ludovici, l. c., ad t. D. 16,2, § 5; Titius, Jus priv., lib. 5, cap. 13, § 21; Sam. de Cocceji, Jus contr. civ., P. I, ad t. D. 16,2, qu. 13; Schulte praes. Kühnhold, Sollemnia inauguralia (De compensatione delictorum), pag. 3; Joh. Ulr. de Cramer, Observat. jur. univ., Tom IV, obs. 1155 (s. jedoch Eisenbach oben Anm. 2).

⁵⁾ S. insbes. Lauterbach, Coll. th.-pr., P. I, ad t. D. 16,2, § 21; Ferd. Christ. Harpprecht, Resp. jur., resp. 14, n. 129; Schulte-Kühnhold, pag. 3; J. U. de Cramer, l. c., Tom. IV, obs. 1155; Eisenbach, l. c., § 7, pag. 16; § 15, pag. 37—42, § 21, pag. 60.

⁶⁾ Pract., P. II, qu. 55, n. 73, vgl. qu. 58, n. 23 sqq. Ebenso Kress, Comment. succ. in CCC., ad art. 120, § 4, *4. Eisenbach räumt die Strafminderung ein, leugnet aber ihre Zurückführbarkeit auf den Kompensationsgedanken, l. c., § 16, pag. 40.

§ 28.

2. Compensatio injuriarum.

I. Injurien wurden nach Lehre der ersten Periode kompensiert einmal insoweit es sich um die injuria illata und die injuria legitime retorta handelte; sodann bei Gleichzeitigkeit der Injurien. Beide Fälle übernahm die zweite Periode.

1. Man hätte meinen sollen, dass die Unanwendbarkeit der Deliktskompensation auf den Fall der erlaubten Retorsion bald hätte erkannt werden müssen. In dieser Erwartung sehen wir uns auch noch in der zweiten Periode getäuscht. Wohl packten Etliche die herrschende Meinung an dieser ihrer schwächsten Stelle: »Si in retorsione duo sint delicta, qui fit, quod nihilominus retorsio sit species defensionis?«¹⁾ — aber erfolglos. Es blieb dabei, dass bei justa et legitima retorsio die mutuae injuriae compensantur;²⁾ ja es begegnet jetzt auch vereinzelt ein Sprachgebrauch, der »compensare« einfach im Sinne von „Erwidern“, »retorquere«, gebraucht.³⁾

Die Erinnerung daran, dass die Bocer-Harpprecht'sche Klagezerstörlichkeitstheorie ganz andere Ausgangspunkte hatte, als die Kompensationslehre, schwand vollständig. Der Erfolg jener war ja derselbe wie der Erfolg dieser — auf beiden Seiten Straflosigkeit. So gingen beide in einander auf. Als dann die Lehre von der Klageaufzehrung über den eigentlichen Retorsionsfall hinauswuchs,⁴⁾ machte die Kompen-

¹⁾ Finkelthaus, l. c., obs. 37, n. 34. — Vgl. Bachovius ad Treutl., Vol. I, disp. 25, th. 9, lit. C.; Eisenbach, l. c., § 19, pag. 51.

²⁾ Volckmann, Inform. notar., T. 2, tit. 21, cap. 82, n. 17, 18: „Nach angewandter Retorsion kann man ferner keine Action wider Injurianten mehr anstellen, noch fürnehmen, . . . Sondern es werden die Injurien gegeneinander, vermöge der gemeinen Rechtsregel, Quod paria delicta cet., aufgehoben“; Berlich, l. c., P. V, concl. 64, n. 24; Carpzov, Pract., P. II, qu. 97, n. 46; Ant. Matthaeus, De criminibus, lib. 47, tit. 4, cap. 1, n. 9; Brunnemann, Exercit. Just., ad § ult. J. de injur. 4,4, n. 8, 9; Oldekop, l. c., dec. 4, qu. 3, n. 10, 30; Mevius, Decis. Vismar., P. IX, dec. 154; Joh. Cramer, l. c., lib. 2, cap. 11, n. 11 (»vero«); Schwenden-doerffer, Proc. Fibig., cap. 2, membr. 2, sect. 3, § 8⁴ *); Hoppe, l. c., ad § 12, J. 4,4, us. hod.; Berger, Supplem., P. II, tit. 1, suppl. 2, n. 1, 2; Frölich, a. a. O., Buch 4, tit. 21, n. 22; Schweder, in den Cons. Tubing., Vol VI, cons. 93, n. 30—32; Lauterbach, das., Vol. II, cons. 14, n. 17.

³⁾ Richter, De retors., th. 79.

⁴⁾ S. oben § 26 bei Anm. 16.

sation diese Wandlung natürlich mit, so dass die Aufrechnung sich auf jede Erwiderung einer Injurie erstreckte.⁵⁾

2. »Quando duo mutuis se conviciis prosciderunt, neque apparet, uter primo injuriosa verba pronunciaverit, tum . . . neuter . . . actione injuriarum tenetur, sed utrinque fit compensatio.« So Carpzov und die allgemeine Meinung.⁶⁾

II. Zu Beginn des 17. Jahrhunderts begegnet als die communis opinio Doctorum, dass mutuae injuriae haudquaquam compensatione dissolvuntur, sed uterque de sua injuria agere potest.⁷⁾ Die zwei vorerörterten Fälle treten nur als Ausnahmen von dieser Regel auf.

Gegen diese Auffassung wandte sich Mevius.⁸⁾ Injurien, hält er der herrschenden Meinung vor, sind ja doch auch Delikte und sohin der generellen Regel »Paria delicta mutua compensatione tolluntur« unterworfen; es ist somit der positive Grundsatz »Mutuae injuriae compensantur« an die Spitze zu stellen. Hierdurch stellt Mevius eine korrekte Verbindung zwischen dem Begriff der compensatio injuriarum und ihrem Oberbegriff compensatio delictorum her. Im Endergebnis deckt sich jedoch seine Ansicht mit der hergebrachten auf das Genaueste. Gemäss den für die Deliktskompensation damals noch von der Wissenschaft festgehaltenen Sätzen lässt Mevius nämlich Injurienkompensation nur unter der Voraussetzung zu, dass die injuriae circa idem factum concurrunt eodem tempore illatae; nam si hodie mihi injuria inferatur, cras ego vicissim injurias impingam, non erit compensatio, sed mutuo agere licebit.⁹⁾ Solche gleichzeitigen

⁵⁾ Grass, in den Cons. Tub., Vol. V, cons. 54 (von 1711), n. 74—77, verglichen mit cons. 57, n. 17, 18.

⁶⁾ Carpzov, Practica, P. II, qu. 97, n. 47, 48; Mevius, Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, p. 9, n. 6; Struv, l. c., cap. 10, aphor. 10, n. 8; Joh. Spilin bei Klock, Tom. IV, cons. adopt. 51, n. 33 III; Richter, De retors., th. 81; Mevius, Decis. Vism., P. IX, decis. 154; Schwendendoerffer, Proc. Fibig., cap. 2, membr. 2, sect. 3, § 8⁴ *); Frölich, a. a. O., Buch 4, Tit. 21, n. 22. — Abweichend Rennemann, l. c., p. 3, th. 39, nota b).

⁷⁾ Hartmann Pistoris, Observation. singul., obs. 181, n. 1 sqq.; Bachov, l. c., ad Vol. I, disp. 25, th. 9, tit. C; Rennemann, l. c., p. 3, th. 39, nota b); Finkelthaus, l. c., obs. 37, n. 35, 47; Carpzov, Pract., P. II, qu. 97, n. 42—45; Decis., P. III, dec. 247, n. 8; Grüner, l. c., cap. 1, th. 7; Decher, l. c., pos. 8 e); Lauterbach, in den Consil. Tubing., Vol. II, cons. 14, n. 18. — Abweichend Oldenkop, l. c., dec. 4, qu. 3, n. 30.

⁸⁾ Dec. Vism., P. IX, dec. 154 in.

⁹⁾ Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, art. 9, n. 7.

Injurien, wie sie Mevius hier im Auge hat, waren aber auch schon nach der bisherigen Ansicht zu kompensieren — oben I. 2. Und den Retorsionsfall — oben I. 1 — unterwirft der Autor gleichfalls der Injurienaufrechnung, wie sich aus dem Zitat in Anmerkung 2) ergibt;¹⁰⁾ er hielt also wohl dafür, dass auch hier der Identitätszusammenhang gegeben sei. Da mit diesen zwei Fällen die Anwendung der Regel bei Mevius erschöpft ist, so erhellt die Übereinstimmung seines Resultats mit der bisherigen Lehre. Nur in einem Punkte macht er einer weiteren Zulassung der Injurienkompensation ein Zugeständnis — aus aequitas. Zwischen Injurien, welche diversa betreffen, sagt er, soll regulariter keine Aufrechnung platzgreifen, sed uterque injurians sua actione tenetur, nec judex sinat illa in eodem processu misceri, praeterquam si actor in causa injuriarum a reo convenitur et utrinque causa pari passu terminetur. In qua specie integrum solet esse judici super utraque separatim judicare an vero compensare velit. Est enim aestimatio injuriarum judicialis arbitrii: si igitur utramque sic comparatam retur, ut pensari aequum sit, id sententia sua declarare valet.¹¹⁾

Es ist im vorigen Paragraphen gezeigt worden, dass für die Kompensation von Delikten im allgemeinen das Requisit des Identitätskonnexes allmählich verschwand. Die gleiche Erweiterung ihres Anwendungsgebietes erfuhr auch die Injurienkompensation speziell. Einige Schriftsteller hielten zwar an dem Satze fest, dass nur injuriae circa idem commissae kompensabel seien.¹²⁾ Aber von Jahrzehnt zu Jahrzehnt mehr fiel diese Voraussetzung der Injurienaufrechnung der Vergessenheit anheim. Man approbierte den Mevianischen Grundsatz ohne seine Limitationen. Die wichtigste Folge dieser Erweiterung war die, dass nunmehr auch bei einfacher Gegenbeleidigung Kompensation statthaft war. Für die Injurienkompensation trat besonders eifrig Augustin

¹⁰⁾ Freilich will damit nicht recht stimmen Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, art. 9, n. 6, wonach dann, wenn der autor rixae bekannt ist, Kompensation deswegen ausgeschlossen sein soll, weil der autor gravius peccat, also die paritas delictorum fehlt. Dies würde auch auf den Retorsionsfall zutreffen.

¹¹⁾ Decis. Vismar., P. IX, dec. 154.

¹²⁾ Spilin bei Klock, Tom. IV, cons. adopt. 51, n. 33; Richter, De retors., th. 79; Responsum der Wittenbergischen Fakultät bei Berger, Suppl., P. II, tit. 1, suppl. 2 hinter n. 11, pag. 8; Joh. Cramer, l. c., lib. 2, cap. 11, n. 11; Frölich, a. a. O., Buch 4, Tit. 21, n. 22.

von Leyser ein;¹³⁾ die Verweigerung der Kompensation habe nur zur Folge, ut actiones citra necessitatem multiplicentur et sportulae magistratum augeantur.¹⁴⁾

III. Als Voraussetzungen der Injurienkompensation werden genannt:

1. Paritas (aequalitas) injuriarum.¹⁵⁾ Beide Injurien müssen gleichartig (beide verbal, beide real u. s. w.) sein, eine Verbalinjurie kann gegen eine thätliche Beleidigung nicht zur Kompensation verstellt werden. Beide Injurien müssen ferner ejusdem gradus, paris aestimationis, von gleicher Schwere, sein; ist die eine injuria atrocior, so findet Aufrechnung nicht statt. Hiermit hängt zusammen, dass auch der Grad des Verschuldens der gleiche sein muss. Wohl unter diesem Gesichtspunkt will Hommel die Kompensation dann versagt wissen, wenn feststeht, wer der autor rixae ist;¹⁶⁾ im gleichen Sinne ist wohl v. Quistorp zu verstehen, wenn er Kompensation nur zulässt, sofern die zweite Injurie „bei einer anderen Gelegenheit“ zugefügt worden ist.¹⁷⁾ Dass aber in Konsequenz dieser Ansicht der Fall der Injurien-erwiderung schlechthin der Kompensation entrückt worden wäre, dafür mangelt es anscheinend an Belegen.

Bei delicta imparia steht der Kompensation nichts im Wege, wenn

¹³⁾ Medit. ad Pand., Vol. III, spec. 173, med. 1; Vol. VIII, spec. 543, med. 7.

¹⁴⁾ Vgl. ausser Leyser: Boyer, Delin. secd. Pand., ad t. D. 16,2, § 28; Thomasius, Dissert., Tom. III, diss. 106, § 24; Casp. Matth. Müller, l. c., cap. 2, § 14, n. 42; § 19, n. 54; Berger, Oecon. jur., lib. 3, tit. 9, § 17, nota 1; tit. 15, § 4, nota 1; Schweder, in den Cons. Tub., Vol. I, cons. 117, n. 26; Vol. VI, cons. 93, n. 32; Engau, l. c., lib. 1, tit. 22, § 291, 3); Kühhold, l. c., pag. 4; J. H. Böhmer, Consult. et decis., Tom. III, P. 3, dec. 805, Ration. decid., n. 6; decis. 672, n. 26; Koch, l. c., lib. 2, cap. 22, § 382 c); J. S. F. Böhmer, l. c., ad p. 2, qu. 97, n. 48, obs. 5; Joh. Ulr. de Cramer, l. c., Tom. IV, obs. 1155; Hommel, l. c., Vol. II, obs. 383, n. 3; v. Quistorp, a. a. O., § 332. — Auch bei Strube ist nicht, wie es nach Teil IV, Bed. 55 scheinen könnte, die Aufrechnung auf den Retorsionsfall beschränkt; vgl. daselbst Bedenken 43 bei d). Grundsätzlicher Gegner der compensatio injuriarum ipsarum ist Eisenbach, l. c., § 19, pag. 51—53; er lässt nur Kompensation der debita ex mutuis injuriis zu.

¹⁵⁾ Mevius, Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, art. 9, n. 6; Decis. Vismar., P. IX, dec. 154; Merckelbach bei Klock, Tom. III, cons. 184, n. 67; Spilin, das. Tom. IV, cons. adopt. 51, n. 33; Berger, Supplem., P. II, tit. 1, suppl. 2, n. 2; ferner das Fakultätsresponsum das. hinter n. 11, pag. 8; Kühhold, l. c., pag. 4; J. S. F. Böhmer, l. c., ad p. 2, qu. 97, n. 48, obs. 5; Strube, a. a. O., T. IV, Bed. 43.

¹⁶⁾ l. c., Vol. II, obs. 383, n. 3. — Vgl. Mevius oben Anm. 10.

¹⁷⁾ a. a. O., § 332.

etwas accedit, quod inaequalitatem suppleat et impares injurias pariter censi efficiat, so namentlich, wenn der schwerer Beleidigte selbst die Kompensation begehrt non attenta disparitate.¹⁸⁾ Leyser will, dass der Richter das Erfordernis der Parität mit möglichster Freiheit behandeln soll. Bei der Injurienkompensation, so meditiert er,¹⁹⁾ aequalitas factorum scrupulose non attenditur. Nur si inaequalitas sit manifesta, e. g. si injuriae realis atrox et levior concurrant, mag die Aufrechnung unterbleiben. Profecto enim, si ad amussim omnia examinantur, inaequalitas aliqua semper emerget et compensatio cessabit; id quod lites sine fructu augebit contra utilitatem publicam et contra leges etiam, quae aliquando inaequalia maxime et plane diversa delicta, e. g. lenocinium cum adulterio in l. 47 sol. matr., compensari jubent.

2. Geringfügigkeit der Injurien. Dieselben dürfen nicht graves sein, speziell findet bei Schmähschriften und Schandgemälden keine Aufrechnung statt.²⁰⁾

3. Liquidität beider Injurien. Ist die eine liquid, die andere dagegen altioris indaginis, oder sind sie beide illiquid, so ist Kompensation unstatthaft.²¹⁾

4. Vorschützung der Kompensationseinrede. Wendet der Beklagte die exceptio compensationis nicht ein, so kann der Richter, wenngleich er ex actis utrinque illatam injuriam videt, nicht kompensieren. So Mevius.²²⁾ Entgegengesetzt sprachen sich Spätere dahin aus, der Richter könne jene Einrede, etsi a partibus non opponatur, besage der Akten ex officio supplere.²³⁾

5. Die zur Kompensation verstellte Injurie darf nicht bereits im Wege der Widerklage geltend gemacht worden sein.²⁴⁾

IV. Die Tragweite der Kompensation wurde eine grössere. Die Juristen des ersten Zeitabschnitts hatten ihr nur die actio injuriarum aestimatoria unterworfen, so dass namentlich die actio recantatoria

¹⁸⁾ Mevius, Decis. Vism., P. IX, dec. 154.

¹⁹⁾ Medit. ad Pand., Vol. III, spec. 173, med. 2.

²⁰⁾ Oldekop, l. c., dec. 4, qu. 3, n. 30; Clasen, l. c., ad art. 110, § 6, 10); Brunquell, l. c., Tom II, cap. 1, § 31.

²¹⁾ Mevius, Comm. in jus Lub., lib. 4, tit. 4, art. 9, n. 5; Dec. Vism., P. IX, dec. 154; Schweder, in den Cons. Tubing., Vol. I, cons. 7, n. 56.

²²⁾ Dec. Vism., P. IX, dec. 154, bei nota 5, 6.

²³⁾ Schwendendoerffer, Proc. Fibig., cap. 2, membr. 2, sect. 3, § 8⁴, nota m); Strube, a. a. O., T. IV, Bed. 43; v. Quistorp, a. a. O., § 332.

²⁴⁾ Berger, Supplem., P. II, tit. 1, suppl. 2, n. 6.

von ihr unberührt blieb. Mit der Begründung, dass nur *res*, wie Geld, nicht die *famae restitutio*, ihrer Natur nach sich zur Aufrechnung eigneten, blieben hierbei auch in unserer Periode die Älteren stehen.²⁵⁾ Aber später huldigte man der Auffassung, dass alles, quod litigantium interest, für die Kompensation in Betracht kommt, und dieser alle privaten remedia unterliegen.²⁶⁾ Hiermit waren Kompensation und Retorsion in ihren Wirkungen in Übereinstimmung gebracht.

In Ansehung der poena publica fand nach wie vor Kompensation nicht statt.²⁷⁾

V. Noch wird unter „Kompensation“ regelmässig die völlige Aufhebung der Strafen hüben und drüben verstanden, nach Leyser mit der Wirkung, dass auch die mutua restitutio expensarum cessiert.²⁸⁾

Nur spärlich taucht der Gedanke an partielle Kompensation auf. Er findet sich annähernd bei Strube,²⁹⁾ welcher bei inaequalitas injuriarum den Anspruch auf Schmerzensgeld wegfallen lässt, aber den Anspruch auf Schadloshaltung aufrecht erhält. Streng genommen liegt hierin freilich strafrechtlich gänzliche Aufrechnung; gemeint ist vom Autor aber nur Kompensation quoad partem. — Für die Kriminalstrafe der Delikte im allgemeinen hatte, wie im vorigen Paragraphen erwähnt, Carpzov der Kompensation strafmildernden Einfluss zugeschrieben. Wohl hiermit im Zusammenhang steht, dass derselbe im Falle einer Überschreitung der Grenzen erlaubter Retorsion beide Teile mit milderer Strafe belegt wissen will.³⁰⁾ Die Milde gegenüber dem

²⁵⁾ Mevius, Ad jus Lubec., lib. 4, tit. 4, p. 9, n. 8; Lauterbach, Coll. th.-pr., P. I, ad t. D. 16,2, § 13; Schweder, in den Cons. Tub., Vol. I, cons. 7, n. 57.

²⁶⁾ Leyser, sp. 543, m. 7; J. H. Böhmer, Consult. et decis., Tom. III, P. 3, dec. 672, n. 26; Koch, l. c., lib. 2, cap. 22, § 382, c).

²⁷⁾ Vgl. bes. Mevius, Ad jus Lub., lib. 4, tit. 4, art. 9, n. 9; Thomasius, l. c., Tom. III, diss. 106, § 24; Leyser, sp. 173, m. 3; sp. 543, m. 7; Berger, Oecon. jur., lib. 3, tit. 9, § 17, nota 1; Schweder, in den Cons. Tub., Vol. I, cons. 7, n. 57; J. H. Böhmer, Consult. et decis., Tom. III, P. 3, dec. 672, n. 26; J. S. F. Böhmer, l. c., ad p. 2, qu. 97, n. 48, obs. 5; Strube, a. a. O., T. IV, Bed. 43 a. E.; Joh. Ulr. de Cramer, l. c., Tom. IV, obs. 1155; Eisenbach, l. c., § 19, pag. 50. Hiernach trifft es nicht zu, wenn Hälschner, Preuss. Strafrecht, T. III, S. 282, Anm. 2 meint, die gemeinrechtliche Praxis und Doktrin habe die Kompensation auf öffentliche Strafen ausgedehnt, indem die Retorsion als rechtlich zulässig betrachtet worden sei.

²⁸⁾ Med. ad Pand., Vol. VIII, sp. 543, m. 7.

²⁹⁾ a. a. O., T. IV, Bed. 43.

³⁰⁾ Pract., P. II, qu. 97, n. 40; Jurispr. for., p. 4, const. 46, defin. 12, n. 5.

Retorquenten würde sich für sich allein aus dem Affekt erklären;³¹⁾ die Milde gegen beide Teile scheint kompensativ gemeint zu sein.

VI. Bei Schwendendoerffer findet sich die Auffassung, es sei bei Vorliegen der Kompensationsvoraussetzungen in das Ermessen des Gerichts gestellt, ob es kompensieren wolle oder nicht; ein Recht auf Kompensation hätten die Parteien nicht.³²⁾ Schwerlich stimmte in diesem Punkte die gemeine Meinung mit ihm überein. Zwar sind, soweit wir sehen, ausdrückliche Zeugnisse für das Gegenteil nicht vorhanden. Allein die Wissenschaft bewegt sich ständig in der Wendung „es wird kompensiert“, nicht „es kann kompensiert werden“; und erinnern wir uns des civilrechtlichen Ursprungs der Kompensationslehre, so werden wir nicht zweifeln können, dass auch die strafrechtliche Deliktsskompensation den Richter in die Notwendigkeit versetzte, bei Gegebensein der Voraussetzungen die Strafen aufzuheben, Kompensation obligatorisch, nicht fakultativ war.

C. DRITTE PERIODE.

I. Retorsion.

§ 29.

I. Begriff und juristische Bedeutung der Retorsion.

I. Schon im Laufe der vorigen Periode war der Entwicklungsgang, den die Retorsion genommen, in steigendem Masse in Vergessenheit geraten. Namentlich war die Retorsion aus der engen Gebundenheit an bestimmte Redewendungen (*tu mentiris* u. s. w.) herausgewachsen. Je mehr die Theorie vom *jus retorquendi* ins Wanken kam, um so mehr musste sich jene typische Ausprägung der Retorsion verlieren, da der Gebrauch der bestimmten termini ja gerade die *retorsio licita* („die Retorsion“ κατ' ἐξοχήν) gegenüber der *retorsio illicita* (der Nicht-Retorsion) charakterisiert hatte. In dem uns hier beschäftigenden Zeitraum weiss niemand mehr von der einstmaligen obligatorischen Gestaltung der Retorsion etwas. Knüpfen die Autoren an jene älteren

³¹⁾ S. oben § 26, V, Absatz 3, S. 145.

³²⁾ Proc. Fibig., cap. 2, membr. 2, sect. 3, § 84. — Diese Stelle zeigt, dass Schwendendoerffer nicht, wie es nach obs. 711 das. den Anschein gewinnen könnte. Injurienkompensation schlechterdings ausschliessen will.

Zeiten an, beziehen sie sich auf die Ansichten Harpprechts oder Berlichs, so thun sie dies mit dem Ausdruck der Verwunderung über den seltsamen, widersinnigen Inhalt der einstmaligen Lehre. Retorsion ist jetzt schlechthin die Erwiderung einer Injurie mit einer solchen, eine Art der Vergeltung von Gleichem mit Gleichem; »retorsio est factum, quo quis injuriam inferenti rursus injuriam — der Vollständigkeit halber müssen wir hinzusetzen: »parem« — infert.«¹⁾

II. Wie hieraus zu entnehmen, hatte das *jus retorquendi* in der dritten Periode seine Rolle ausgespielt. Freilich fanden sich immer noch einige Vorkämpfer desselben, welche die Retorsion, sei es ganz, sei es teilweise, zu rechtfertigen unternahmen, teils indem sie, wie die vergangenen Jahrhunderte, dieselbe zur Verteidigung zogen, teils unter Konzessionen an den Rachecharakter. Die bequeme Art der Beweisführung durch Bezugnahme auf den *usus fori*, der das *jus retorsionis* produziert habe,²⁾ kam in Misskredit, seit A. D. Weber Vorhandensein und Schöpfungskraft solchen Gerichtsgebrauchs bestritten. Tiefer glaubte Gesterding³⁾ in das Wesen der Retorsion einzudringen, indem er in dem Glauben, damit etwas ganz Neues vorzubringen, folgendermassen deduzierte: Die Retorsion sei, bei Lichte betrachtet, nichts anderes als Verteidigung, wenn auch nicht gegen die Beleidigung, doch gegen deren Wirkungen (also die alte *defensio, ne injuria radices agat!*). Es wird dadurch, fährt er fort, die Injurie auf ihren Urheber zurückgeschleudert, sie wird unschädlich gemacht, ihr wird gleichsam der Stachel abgestumpft, oder doch verhütet, dass er nicht tief eindringe, uns verwunden und schmerzen kann. Nämlich eine Beleidigung, die wir auf der Stelle gehörig vergolten haben (*sic!*), schmerzt uns nicht, schadet auch nicht der Achtung, worin wir bei Anderen stehen, vielmehr kann ein solches Benehmen eine entgegengesetzte Wirkung hervorbringen . . . Oder ist es zu verlangen, dass jemand zum Schaden seiner Gesundheit und vielleicht mit Gefahr seines

¹⁾ Vgl. A. D. Weber, *Über Injurien und Schmähschriften*, Abt. II, 3. Aufl., S. 50; Dreyer, *De injuriis realibus*, cap. 2, § 16; Glück, in den *Blättern f. Rechtsanwendung*, zunächst in Bayern, Bd. III, 1838, S. 404; Morstadt, *Ausführl. krit. Komment. zu Feuerbach*, zu § 297, Zusatz ³⁾; Schwarze, in der *Sächs. Ger.-Ztg.*, Jahrgang VII, 1863, S. 249.

²⁾ So noch Westphal, *Kriminalrecht*, 1785, 84. Anmerkung, §§ 1, 2, und Dorn, *Versuch eines prakt. Kommentars über das peinl. Recht*, Bd. I, 1790, § 124, a).

³⁾ *Ausbeute von Nachforschungen*, Bd. I, S. 325—327.

Lebens die Beleidigung in sich aufnehmen, den Schmerz darüber erst recht durchempfinden, das Bittere derselben durchschmecken, den Zorn wachsen lassen und sich dagegen mit einer Anweisung auf den Richter begnügen soll, die ihm spät und vielleicht gar nicht zu teil wird, weil das Schicksal des Prozesses ihm ungünstig war, sein Gegner inmittelst gestorben oder davongegangen ist? Kann man jemandem, der eine Ohrfeige empfangt, zumuten, sie in die Tasche zu stecken, damit nach Hause zu gehen und dann dem Richter sein Leid zu klagen und dadurch zugleich den Empfang ad acta zu bescheinigen? Wird wohl der Schimpf . . . so völlig wieder getilgt, als wenn jemand auf der Stelle männlich sich selbst rächt; kann der Richter die schmerzlichen Empfindungen wieder gut machen, welche die Beleidigung erregte; wird der Schade an der Gesundheit durch den Richterspruch ersetzt? Deshalb ist die Retorsion als gutes Verteidigungsmittel am Platze: man muss sie nur nicht als eigenmächtig genommene Genugthuung betrachten, sondern als Abwehrung, nicht als Selbsthilfe, sondern eher als Mittel, wodurch die Natur sich selbst hilft. Die Retorsion bringt die Beleidigung in Vergessenheit, sie wird über die Vergeltung vergessen, durch die Vergeltung verdunkelt, zurückgedrängt, unterdrückt, . . . ja sie streift in ihren Wirkungen an das Reich des Unmöglichen; sie macht die Beleidigung wie ungeschehen.

Also die uralte vindicta-defensio in neuer Auflage!

Ähnlich Joh. Ad. Seuffert, wenn er ausführt:⁴⁾ Von einem Rechte der Retorsion scheint nicht gesprochen werden zu können; man ist zwar zur Selbstverteidigung befugt, aber nicht, nachdem man Unrecht erlitten, sich selbst Genugthuung zu verschaffen. Indess kann doch die Retorsion wirklich die Natur einer Selbstverteidigung haben, indem eine augenblicklich erfolgende Gegenerklärung dazu dienen mag, sich im Respekte zu erhalten, den Stachel des injuriösen Angriffs abzustumpfen und die durch weitere Verbreitung des Faktums drohende Unbild abzuwehren.

Einen eifrigen Anwalt fand die Theorie von der Retorsionsberechtigung in v. Segnitz,⁵⁾ welcher nach Gerichtsgebrauch und Natur der Sache folgende Sätze aufstellte: Retorsion ist die Zug um Zug im Drange gerechter Selbstverteidigung erfolgende mündliche Er-

⁴⁾ in den Blättern für Rechtsanwendung, Bd. I, S. 104.

⁵⁾ Über controverse Materien aus dem Rechtsgebiete der Injurien, Würzb. Inaug.-Abhdlg., 1854, S. 40—41, 43, 44.

widerung erlittener Verbalinjurien. Ihr Zweck ist: Aufrechterhaltung der eigenen Achtung, Abwehr des Stachels des injuriösen Angriffs und der durch die weitere Verbreitung des Faktums drohenden Unbill (nach Seuffert). Die Retorsion darf nur von dem Gebote der Selbsterhaltung, von den Rücksichten einer gerechten Selbstverteidigung geleitet werden. Nun umgeht zwar der Retorquent die Obrigkeit und wirft sich zum Richter in eigener Sache auf; aber das darf er auch, denn das Richteramt in eigener Sache ist in allen Fällen gewährleistet, in denen Selbsterhaltung, d. i. Bewahrung der Integrität der eigenen Rechtssphäre, in Frage steht. — Anderwärts muss der Autor aber selbst zugeben: eine strenge richterliche Prüfung der Herzen und Nieren der Parteien lässt sich nicht durchführen, so dass wohl nicht selten unter der Decke der Selbsterhaltung Zorn und Rache glühen mögen. Und schliesslich zeigt sich in der Darstellung ganz deutlich, dass der Autor doch nur eine Mohrenwäsche vorgenommen hat. Denn die Retorsion ist, sagt v. Segnitz weiterhin,⁶⁾ notwendig eine injuria; und wegen dieser injuria belangt, wendet der Retorquent die Klage mittels der exceptio doli ab. Wäre die Erwiderung wirklich erlaubt, so wäre diese Ansicht ungereimt. Denn dann wäre die retorsio eben nicht eine injuria, überhaupt nicht deliktisch, und seine Verurteilung würde der Retorquent mittels negativer Litiscontestation abwenden, ohne dass der exceptio doli Raum bliebe.

Auch Morstadt hielt an dem Zwitterbegriff der defensionsartigen Vergeltung fest. Sätze wie: „Die Retorsion besteht in . . . Vergeltung“ und: „Gesterding hat nachgewiesen, dass die Retorsion oft eine Selbstverteidigung ist“ stehen bei ihm dicht nebeneinander.⁷⁾

Unter Übergehung Temmes, der mit sich selbst uneinig ist,⁸⁾ haben wir hier endlich noch v. Buris und Schwarzes zu gedenken, deren Ansichten untereinander grosse Verwandtschaft aufweisen. Ersterer weist die Gegenbeleidigung aus dem Notwehrbegriffe hinaus: „ist die Ehrenkränkung bereits so sehr vollendet, dass auch eine Fort-

⁶⁾ a. a. O., S. 46.

⁷⁾ a. a. O., zu § 297 Zusatz ¹⁾, ³⁾, vgl. ⁵⁾.

⁸⁾ Lehrbuch des gem. dtsh. Strafr., § 196, S. 323: „Die Retorsion ist in Wahrheit eine Selbstverteidigung, also Notwehr, und nach deren Grundsätzen aufzufassen“; dagegen Glossen zum St.G.B. f. d. preuss. Staaten, S. 224 zu § 153: „Retorsion ist nicht als Selbstverteidigung zu konstruieren, sondern es liegt unter allen Umständen (unerlaubte) Selbststrache vor“.

setzung derselben nicht mehr zu befürchten steht, so kann der Angegriffene der Natur der Sache nach von dem Rechte der Notwehr keinen Gebrauch machen“. Aber „damit ist nicht gesagt, dass nunmehr alle ehrenkränkenden Handlungen, welche der Angegriffene gegen den Urheber der ihm widerfahrenden Ehrverletzung unternimmt, strafbar sein müssten. Im Gegenteil, derjenige, welcher sich einer ehrenkränkenden, mithin verbrecherischen Handlung schuldig gemacht hat, ist dadurch jedenfalls eines Teils seines inneren Wertes verlustig worden, und deshalb steht es, zwar zunächst und hauptsächlich dem Angegriffenen, im allgemeinen aber jedermann zu, das Abhandensein dieses verlorenen Wertes in geeigneter Weise zu konstatieren. Wer mich hinter meinem Rücken verleumdet hat, den darf ich offenbar einen Lügner, einen hinterlistigen, heimtückischen Menschen nennen.“⁹⁾ Die alte Retorsion »tu mentiris ut scelestus« rediviva!

Schwarze endlich¹⁰⁾ gehört seinem Ausgangspunkte nach nicht unter die Schützer des *jus retorquendi*. „Die Retorsion“ ist nach ihm Rache, nicht ein erlaubtes Verteidigungsmittel, vielmehr „ein Akt der Selbsthilfe, der jedoch in der menschlichen Natur und in der Einwirkung einer Beleidigung auf das menschliche Gemüt seine Entschuldigung findet“; nur dem Affekt, dem Ärger und dem Schamgefühl des Verletzten zu Liebe wird der Erwidierungsakt für eine straflose Handlung erklärt. Indess scheidet Schwarze aus den Retorsionsfällen eine ganz beträchtliche Menge solcher Fälle aus, welche nicht „Retorsion“, sondern statthafte „Abwehr“ seien: „... Es kann die Abwehr einer Beleidigung, welche sich auf eine Protestation gegen letztere oder wohl auch auf die Bezeichnung der beleidigenden Handlung als einer Ungehörigkeit beschränkt, nicht, wie häufig geschieht, als Retorsion bezeichnet werden. Wenn der Beleidigte den ihm gemachten Vorwurf einer ehrenrührigen Handlung für eine Lüge erklärt, oder wenn ein unanständig behandeltes Mädchen seinen Gegner einen frechen Menschen nennt, wenn Derjenige, welcher von einem Anderen mit einer Ohrfeige bedroht wird, den wider ihn aufgehobenen Arm des letzteren zurückschlägt“ (Erwiderung?!), „so liegt eine erlaubte Abwehr der Beleidigung vor, nicht aber eine Retorsion ... Denn

⁹⁾ v. Buri, Abhandlungen aus dem Strafr., S. 91.

¹⁰⁾ in der Sächs. Ger.-Ztg., VII. Jahrgg. 1863, S. 247—249.

die Bezeichnung eines Vorwurfs als Lüge ist für den, welcher den Vorwurf ausgesprochen hat, zwar kränkend, nicht aber als eine selbstständige (?) Beleidigung für ihn zu betrachten. Die Bezeichnung als Lüge soll vielmehr eine dem Beleidigten ungünstige Folgerung, welche man mit seinem Stillschweigen auf den Vorwurf verbinden könnte, abschneiden. Die Befugnis, einen kränkenden unwahren Vorwurf als Lüge zu bezeichnen, ist eine ganz natürliche; dasselbe gilt von der Charakterisierung einer unanständigen Handlung als solcher. Man wird gewiss hierin eine strafbare Eigenmächtigkeit des Beleidigten . . . nicht erblicken. Es bedarf hier nicht einmal der Bezugnahme auf die Entschuldigung eines gerechten Zorns und des durch ihn erweckten Affekts.“ Den Unterschied zwischen der Verteidigung gegen eine bevorstehende Beleidigung und der Abwehr gegenüber einer schon erfolgten Beleidigung erklärt Schwarze für belanglos.

Aber die Anhänger des Retorsionsrechts vermochten doch den Kampfplatz nicht zu behaupten. Nach zweihundertjährigem Ringen neigte sich der Sieg mit Beginn der dritten Periode den Gegnern zu.

Vom naturrechtlichen Standpunkt aus erklärte sich gegen die Injurienretorsion E. C. Wieland (Philosoph), nicht weil er der Wiedervergeltung abhold gewesen wäre, sondern weil er die Gegenbeleidigung nicht für ein taugliches Mittel zur Prästirung der erstrebten Genugthuung, zur Wiederherstellung der gekränkten Ehre anerkennen will.¹¹⁾ Von entscheidender Bedeutung aber wurden die Schläge, die A. D. Weber gegen die Retorsion führte.¹²⁾ Der wesentliche Inhalt seiner Ausführung ist folgender: Man muss die Verteidigung gegen Injurien streng abscheiden von der Retorsion, welche reine Vergeltung ist. Was gemeiniglich unter Retorsion verstanden wird, ist ein Wiederschimpfen zur Vergeltung erlittenen Unrechts. Dass dies Verteidigung sei, haben die früheren Juristen sich sehr zu Unrecht eingebildet. Ist es nun der Regel nach verboten, sein eigener Richter zu sein, und selbst die eigenmächtige Verteidigung nur da erlaubt, wo man die

¹¹⁾ C. E. Wieland, Über das Recht der Wiedervergeltung (Anhang zu des Verfassers „Versuch über die natürliche Gleichheit der Menschen“, §§ 12—14, 16, 26, S. 134, Anm.*). Günther scheint (Idee der Wiedervergeltung, Abt. II, S. 231, Anm. 640) anzunehmen, Wieland wolle das Recht der Retorsion als einen Ausfluss des Rechts der Verteidigung konzederen. So sehr Wieland aber auch der Vergeltung das Wort redet, so scheint er uns doch in der soeben zitierten Anm.*) die Injurienretorsion verwerfen zu wollen.

¹²⁾ a. a. O., II, S. 49—52, 57—69.

nötige Hilfe vom Richter nicht zu erwarten hat, so kann auch die Retorsion nur insofern rechtmässig sein, als ihre Ausübung dem Zwecke einer gerechten Verteidigung und Selbsterhaltung untergeordnet ist (also sie nach Webers eigener Terminologie eben nicht „Retorsion“ ist!); darüber hinaus ist sie Unrecht. „Die Retorsion, als eigenmächtig genommene Genugthuung betrachtet, ist daher durchaus unerlaubt.“ Dem Gerichtsgebrauch gegenüber verhält sich Weber, wie schon oben bemerkt, sehr skeptisch. Von da ab mehren sich die Stimmen, welche, zum Teil durch Webers Autorität bestimmt oder wenigstens in ihrer Ansicht bestärkt, der Retorsion feindlich entgegenreten. Grattenauer¹³⁾ gestattet selbst Verteidigung gegen Angriffe auf die Ehre nur gewissen Ständen, Offizieren u. s. w.; der gemeine Mann darf nach ihm gegenüber Injurien nicht zur Notwehr greifen. Noch viel weniger sympathisiert er mit der Injurienenerwiderung. „Der eigengewaltige Ehrschutz des Bürgers ist ein Exzess, der den Charakter der Retorsion hat und . . . bestraft werden muss.“ Immer häufiger begegnen seitdem Wendungen, welche von der „höchst unsinnigen Sitte der Retorsion“,¹⁴⁾ dem „wider alle rechtliche Grundsätze anlaufenden Rechtsmittel der Retorsion“¹⁵⁾ reden, welche die Unerlaubtheit der letzteren als selbstverständlich und keines Beweises bedürftig erklären,¹⁶⁾ oder mindestens gelegentlich der Retorsion die Statthaftigkeit absprechen.¹⁷⁾ Sehr vielen Schriftstellern (Klein, Kleinschrod, endlich Tittmann u. s. w.) verlohnt es gar nicht, die Frage nach Erlaubtheit der Erwiderung expressis verbis zu verneinen. Sie befassen sich schlechthin mit Dar-

¹³⁾ Über die Notwehr (Exners Tod), S. 120.

¹⁴⁾ Hübner, Über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien, S. 204.

¹⁵⁾ Klein bei Quistorp, Anm. † zu § 330.

¹⁶⁾ v. Grolmann, Grundsätze der Kriminalr.-Wissensch., § 229; Henke, Handb. des Kriminalr., T. II, § 130, VI.

¹⁷⁾ Dreyer, De injur. real., cap. 2, § 16; Wächter, Lehrb. des röm.-teutschen Strafr., T. II, § 158, Anm. 4; Luden, Handb. des teutschen gem. u. partikul. Strafr., Bd. I, S. 299, Anm. 12 a. E. („mit Recht“); Frhr. v. Holzschuher, Theorie u. Kasuistik des gem. Civilr., Bd. I, T. 2, Kap. 1, § 2, Ziff. 23 (jedoch: „als erlaubte Selbsthilfe dürfte es gelten, wenn ein Frauenzimmer dem, der dasselbe wider Willen küsst und solchergestalt mit noch weiteren Zudringlichkeiten bedroht, eine Maulschelle giebt“; Holzschuher will hier, wie seinerzeit Harpprecht, zwangsweise die Retorsion zur Verteidigung machen, indem er kraft einer praesumptio juris et de jure das Bevorstehen weiterer Angriffe voraussetzt); Mittermaier zu Feuerbach, § 296a, Anm. 11; Derselbe in Weiskes R.-Lex., Bd. V, S. 904; Schletter, in Hitzigs Annalen, Bd. LXIX (n. F. XXXIX), S. 213.

stellung des Einflusses des Retorsionskonnexes auf die Straffolgen. Nach der in der dritten Periode herrschenden Meinung giebt es keine *retorsio licita*.

III. Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, dass mit dem Falle des Retorsionsrechts die Theorie von der klagezerstörlichen Wirkung der Rückbeleidigung erst recht freie Hand gewinnen musste. In der That erhielt sich dieselbe ungeschwächt: „Jede von Seiten des Beleidigten, sei es durch Thätlichkeiten, sei es durch Schimpfworte ausgeübte Selbstrache schliesst ihn von der gerichtlichen Klage auf Genugthuung gänzlich aus, weil er sich zum Richter in seiner eigenen Sache gemacht hat“; „wer sich selbst Recht verschafft, macht sich der richterlichen Hilfe unwürdig; hat also der Beschimpfte die Injurie retorquiert, so kann er keine Genugthuung verlangen“; „die s. g. *exceptio retorsionis* ist nichts anderes, als die Berufung auf die vom Kläger gebrauchte Selbsthilfe, welche ihm zur Strafe das Recht zur Klage nimmt“; „wer Gleiches mit Gleichem vergolten hat, kann sich nicht beschweren“.¹⁸⁾ Nur wenige dissentierten.¹⁹⁾ — Köstlin betonte den Gesichtspunkt des Verzichts: der Retorquent übt Selbsthilfe und verzichtet damit auf die Klage.²⁰⁾ Diese Ansicht ward von v. Buri bekämpft: „Es ist selbstverständlich, dass der erste Angreifer strafbar ist, denn er war zu seinem Angriffe nicht berechtigt; dass der erwidernde Teil durch die Erwiderung der Injurie auf sein Klagerecht verzichten wolle, dürfte nicht nachzuweisen sein, er kann es vielmehr vorziehen, Strafe zu leiden, wenn nur auch der Urheber der ihm zugefügten Ehrenkränkung bestraft wird.“²¹⁾ —

So lange die Ansicht, dass die Retorsion ein *remedium licitum* sei, die Oberhand gehabt, hatte der Erwiderungskonnex auf die Bestrafung beider Beteiligten Einfluss gehabt: dem Retorquenten ward die Klage

¹⁸⁾ Dorn, a. a. O., § 124a); Weber, a. a. O., S. 52—53; v. Grolmann, a. a. O., § 229; Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peiml. R., T. III, S. 458—459; Klein bei Quistorp, § 330, Anm. †; Henke, a. a. O., II, § 130, VI; Bauer, Lehrb. des Strafr., § 218 (209), II; J. A. Seuffert, in den Blättern f. Rechtsanwendg., Bd. I, S. 104; Glück, ebenda, Bd. III, S. 404, 407; Rosshirt, Geschichte u. System des dtseh. Strafr., T. II, § 108, S. 269; Mittermaier bei Feuerbach, § 296a, IV; v. Segnitz, a. a. O., S. 41, 45.

¹⁹⁾ Dreyer, *De injur. real.*, cap. 2, § 16, pag. 80; Marezoll u. Abegg, s. unten Anm. 23.

²⁰⁾ Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafr., S. 86.

²¹⁾ v. Buri, Abhandlungen, S. 91—92.

gegen den Injurianten *ut indigno* versagt, der Injuriant hatte keine Klage, weil ihm nichts Unerlaubtes widerfahren war. Mit dem Moment, in dem die Theorie die Berechtigung zur Retorsion aufgab, blieb der Retorsion zunächst nur die Bedeutung eines einseitigen Strafausschliessungsgrundes (in Ansehung des ersten Angreifers). Aber die damalige Wissenschaft wurde dieses Wandels der Dinge kaum gewahr. Die Lücke, kaum entstanden, war anscheinend sofort ausgefüllt einerseits durch das Dazwischentreten der Kompensation, anderenteils aber durch das jetzt wieder auftauchende *odium* gegen den *autor rixae*. Verwirkte der Erwidernde die Hilfe des richterlichen Arms, so war es nicht mehr als recht und billig, dass dieselbe auch dem geweigert wurde, der durch seine That deren ihm freilich unerwünschten Folgen heraufbeschworen hatte. Grundlegend wurde auch hier die Ausführung Webers. Er sagt: „Wer zuerst durch Injurien den Anderen gereizt und damit die Wiedervergeltung veranlasst hat, kann der Regel nach auf keine gerichtliche Genugthuung dringen; denn er hat sich die ihm widerfahrene Kränkung selbst zuzuschreiben, und er kann daher nicht erwarten, dass ihm für den Verdruss oder für die körperlichen Schmerzen, die er davongetragen hat, eine Genugthuung geleistet werde“.²²⁾ Diese Ansicht ward zwar nicht allseits geteilt,²³⁾ doch aber war sie die *communis opinio*.²⁴⁾

So hatte die Retorsion nunmehr wiederum zweiseitige Rechts-

²²⁾ Weber, a. a. O., S. 53—55, vgl. den Fall auf S. 61.

²³⁾ Dagegen erklärte sich besonders Dreyer, l. c., cap. 2, § 16, pag. 80; Marezoll, Das gem. dtsch. Criminalrecht, § 126 a. E., will den Satz, dass sofortige Retorsion einer zugefügten Beleidigung jeden Anspruch auf Genugthuung von beiden Seiten aufheben solle, nicht als gemeinrechtlich anerkennen, sondern nur als partikuläre Gewohnheit. Zweifelnd Abegg, Lehrbuch der Strafr.-Wissensch., § 307 bei Anm. 609. — v. Buri vertritt in Konsequenz seiner Ansicht, dass es Fälle erlaubter Erwiderung gebe, insoweit die Straflosigkeit des Retorquenten; insoweit jener Gesichtspunkt nicht zutrifft, „da liegen bei Erwiderung einer Injurie einfach zwei auf Anklage strafbare Ehrenkränkungen vor“.

²⁴⁾ v. Grolmann, a. a. O., § 229; Kleinschrod, Abhandlungen, T. III, S. 436; Klein bei Quistorp, § 330, Anm. †; Seuffert, a. a. O., S. 104; Mittermaier bei Feuerbach, § 296a, IV; Morstadt, a. a. O., zu § 297,⁷⁾; auch Gesterding vertritt den Satz, dass der erste Beleidiger sich nicht beklagen könne, wenn ihm mit demselben Masse gemessen werde, womit er gemessen hat. Gesterdings Kampf gegen diesen Satz ist nur ein scheinbarer und nur durch das Missverständnis veranlasst, als wolle Weber daraus ein *jus retorquendi* herleiten (Gesterding, Ausbeute, I, S. 328—329, 331, 332).

bedeutsamkeit gewonnen. Sie beeinflusste die Haftung des ersten Beleidigers, wie die des Retorquenten. Die zu Grunde liegenden Erwägungen berühren nun ersichtlich nur das gegenseitige Verhältnis der Beteiligten zu einander, nicht die Beziehungen der Delinquenten zur strafenden Staatsgewalt. Deshalb ist der wechselseitige Wegfall der Klage im Retorsionsfall nur auf die dem Privatstrafrecht angehörenden Ansprüche der beiden Injurianten gegeneinander zu beziehen; die Ausführungen der Autoren haben stets die „Privatgenugthuung“, die „Civilentschädigung“ im Auge. Nur ein schmaler, von den gemeinrechtlichen Juristen wenig betretener Steg leitete in das Gebiet des öffentlichen Strafrechts hinüber. Dort hatten sich nämlich im Laufe der Zeit mehr und mehr die crimina, die nur auf Antrag oder Klage des Verletzten verfolgbar waren, von den übrigen abgehoben, die ohne solchen Anstoss ex officio, von Amts wegen, gestraft wurden. Nun sagte Weber: Die Privatstrafklage des Beleidigten und der Antrag desselben auf kriminelle Bestrafung stehen einander in Ansehung ihrer Voraussetzungen völlig gleich. Ist sonach jene im Retorsionsfalle beiden Injuriaten versagt, so muss das Nämliche auch für die wechselseitige Befugnis zum Strafantrage gelten. Den Retorquenten und seinen Gegner trifft mithin insoweit, als nicht die Injurien den Charakter von Offizialdelikten haben, auch keine poena publica.²⁵⁾ Darüber hinaus dagegen verlor der Erwidernsnexus als solcher seine Macht. Der ex officio erhobenen öffentlichen Klage entging weder der erste Angreifer, noch der Retorquent durch Vorschützung der exceptio retorsionis. Neu war hierbei, dass der Retorquent nicht mehr straflos ausging. Hatten auch die Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts schon gelehrt, dass die Retorsion der öffentlichen Strafe nicht präjudiziere, so hatte dies zu jener Zeit, wo nach der gemeinen Meinung der Retorquent rechtmässig handelte, doch nur den Sinn, dass der erste Angreifer mittelst der Einrede der Retorsion doch die seiner wartende öffentliche Strafe nicht abwenden könne. Seit man das jus retorquendi hatte fallen lassen, harrete die öffentliche Strafe (mit der oben bei Anm. 25 angegebenen

²⁵⁾ Weber, a. a. O., S. 56. Übereinstimmend v. Grolmann, a. a. O., § 229; wohl auch v. Holzschuher, a. a. O., Bd. I, T. 2, Kap. 1, § 2, Ziff. 23; Morstadt, a. a. O. Ganz isoliert steht Kleinschrod, wenn er — Systemat. Entwickelg. der Grundbegr. u. Grundwahrheiten des peincl. R., II, S. 92 — lehrt, die Retorsion bei Injurien hebe in geringeren Fällen die Kriminalstrafe ganz auf.

Einschränkung) auch des Retorquenten.²⁶⁾ Insoweit also dieser nicht etwa infolge Affekts derart fassungslos gewesen ist, dass die Imputation ausgeschlossen erscheint, konnte es sich mithin nur noch um das „Wie“, nicht um das „Ob“ der Strafe handeln. In dieser Hinsicht herrschte fast allseitige Übereinstimmung darüber, dass jedenfalls der Retorquent wegen des Affekts, in dem er gehandelt, milde anzusehen, nicht mit der poena ordinaria zu belegen sei.²⁷⁾ Als das anzuwendende Strafgesetz galt gemeinhin das gegen die injuria. Einige wollten indess das Thun des Retorquenten unter den Thatbestand der unerlaubten Selbsthilfe subsumieren.²⁸⁾ — Gelindere Bestrafung des ersten Angreifers wurde regelmässig nicht postuliert. Erst Köstlin verlangte für denselben bei der Strafzumessung „einige Rücksicht auf die ihm zugefügte Erwiderung“.²⁹⁾

§ 30.

2. Voraussetzungen und Gestaltung der Retorsion im einzelnen.

I. Die species facti des Retorsionsfalles erfuhr seit Ende des 18. Jahrhunderts eine wesentliche Erweiterung insofern, als der Ausdruck „Retorsion“ und die für diese geltenden Sätze auch auf die Erwiderung von Thätlichkeiten angewandt wurden.¹⁾ Dass ferner

²⁶⁾ Dorn, a. a. O., § 124, a); Weber, a. a. O., S. 56—57; Klein bei Quistorp, § 330, Anm. †; Dreyer, l. c., cap. 2, § 16, pag. 81; Henke, a. a. O., § 130, VI; Wächter, a. a. O., II, § 158, Anm. 2; Kriminalkammer des O.A.G. Kassel bei Heuser, Bemerkensw. Entscheidungen, Bd. V, S. 638—639; Abegg, a. a. O., § 307; v. Holzschuher, a. a. O., Ziff. 23; Mittermaier bei Feuerbach, § 296 a, IV; v. Segnitz, a. a. O., S. 48; Köstlin, a. a. O., S. 86—87.

²⁷⁾ Weber, ebenda; Klein, das.; Grattenauer, a. a. O., S. 120 (der Retorquent „ist möglichst gelinde zu bestrafen, ausser wenn er ein gemeiner Bauer oder ein Jude ist“!); Henke, am vorzit. Ort; Krug, Lehre v. d. Kompensation, S. 148, Anm. 324; Mittermaier bei Feuerbach, § 296 a, IV; Köstlin, a. a. O., S. 86—87; v. Buri, a. a. O., S. 91.

²⁸⁾ So Grattenauer, a. a. O., S. 120; Wächter, a. a. O., § 158, Anm. 4. Dagegen Morstadt, a. a. O., zu § 297, Zusatz, 7), welcher übrigens (ebenda ²⁾) die Statthaftigkeit öffentlicher Strafe gegen Injurien ganz leugnet.

²⁹⁾ a. a. O., S. 86—87.

¹⁾ Dreyer, l. c., cap. 2, § 15, nota 2; Gesterding, a. a. O., S. 326; Henke, a. a. O., II, § 130, VI; Morstadt, a. a. O., zu § 297, Zusatz, ³⁾ und ⁶⁾; Temme, Lehrbuch des gem. dtsh. Str.-R., § 196, S. 323. A. M.: Dorn, a. a. O., § 124, a); Mittermaier bei Feuerbach, § 296 a, IV; v. Segnitz, a. a. O., S. 40, a). Unentschieden Heffter, § 311, VIII.

die Retorsionssätze bei Injurien, die vor Gericht, in gerichtlichen Vorträgen vorgefallen, nicht platzgreifen sollten, behandelte man als überwundene und willkürliche Ansicht.²⁾ Ebenso war das Requisit verschwunden, dass in der injuria ein unwahrer Vorwurf enthalten gewesen sein müsse. Voraussetzung der Retorsion war jetzt schlechthin eine wie auch immer gestaltete Injurie. Ausgeschieden wurden aber Beleidigungen der Amtsehre.³⁾

II. Inhaltlich war die Retorsion jetzt, nach Überwindung des starren typischen Gepräges, einfach die auf eine Injurie folgende gleichwertige injuriöse Erwiderung.

Mit besonderem Nachdruck betonte man die Notwendigkeit des Gleichmasses zwischen beiden Injurien: nur wenn Gleiches mit Gleichem vergolten ist, kann von Retorsion die Rede sein. Dies Prinzip der Parität bedingt indess nicht, dass die Injurien schon ihrer Art nach gleich sein müssen. Zwar Morstadt⁴⁾ zieht diese äusserste Konsequenz: „Vergeltung einer Realinjurie mit einer Verbalinjurie“, sagt er, „ist weniger, als eine Retorsion; das Umgekehrte ist mehr als eine Retorsion: hier befindet sich der Angreifer im Vorschusse, Activ-Saldo; denn er hat nur Schmach zugefügt, aber Schmach und Schmerzen erlitten“. Nur Realinjurie gegen Realinjurie (Maulschelle — Fusstritt), Verbalinjurie gegen Verbalinjurie („du Esel“ — „du Pinsel“) sollen nach ihm als echte Retorsion gelten. Doch hatte Morstadt hierin wohl nicht die Mehrheit der Meinungen auf seiner Seite. Gesterding jedenfalls⁵⁾ brachte die Retorsionssätze auch auf den Fall zur Anwendung, dass gegen eine besonders schwere, durch Worte oder Geberden zugefügte Verbalinjurie mittels einer Thätlichkeit reagiert worden war. Köstlin⁶⁾ reprobiert ausdrücklich das Erfordernis der Gleichartigkeit der Beleidigungen.

Dagegen müssen die Injurien hüben und drüben ihrem Masse (Grade, Werte) nach einander gleich sein.⁷⁾ Doch soll dies Postulat

²⁾ Weber, a. a. O., S. 64; Köstlin, a. a. O., S. 85, β); Henke, a. a. O., § 130, VI.

³⁾ Köstlin, a. a. O., S. 108.

⁴⁾ a. a. O., zu § 297, Zusatz, ³⁾.

⁵⁾ a. a. O., S. 330—332.

⁶⁾ a. a. O., S. 86.

⁷⁾ Vgl. insbes. Westphal, a. a. O., 84. Anm., § 2; Erkenntnis Nro. 68 (hinter der 162. Anm.), n. 6; Weber, a. a. O., S. 66, vgl. aber auch S. 53—55 und unten IV; Seuffert, a. a. O., S. 104; Köstlin, a. a. O., S. 86.

nicht überspannt werden. Ganz von der Hand gewiesen wird namentlich die Prüfung der beiden Injurien auf die Gleichheit ihres Ausdrucks und ihrer speziellen Richtung.⁸⁾ Es kommt nur auf die Schwere, den kriminalistischen Wert der beiden Thaten an; indess soll auch hierbei keine gar zu ängstliche Abwägung vorgenommen werden. Dass die eine oder die andere Beleidigung eine etwas gröbere ist, thut dem Vorliegen der Retorsion keinen Eintrag. „Es wäre unpassend, bei solchem Zustand wechselseitiger Aufregung ein genaues Mass anzulegen“; ganz besonders gilt dies für geringes Hinausgehen des Retorquenten über das Mass der injuria aequalis, denn gerade er ist besonders entschuldbar, auch kann der Urheber des Streits „sich nicht beschweren, wenn sein Gegner, nachdem er angefallen und zum Zorn gereizt ist, nicht genau mit derselben Masse wider misst und ihn auf empfindlichere Art, die ihm das Wiederkommen verleidet, in seine Schranken zurückweist“. Daher hat der Richter nur zu prüfen, ob die beiden Thaten sich „so ziemlich“ die Wage halten; ist dies der Fall, so sind die Parteien der Klage gegenseitig verlustig.⁹⁾ Dagegen sind „erhebliche Exzesse“ des Retorquenten durch das Vorgesagte nicht gedeckt. Das Übermass ist vom ersten Angreifer nicht mit verschuldet. Hat sich die Erwiderung „in die unreinen Sümpfe mass- und zielloser Leidenschaften verloren, dann schwindet der Begriff von Retorsion“. ¹⁰⁾ Bleibt umgekehrt der Retorquent unter der paritas bedeutend zurück, so heben die Injurien einander gleichfalls nicht auf. Nur Köstlin lässt auf diesen Fall die Anwendung der Retorsionssätze zu, indem er ausdrücklich ablehnt, dem Erwiderer hier sein Klagerecht vorzubehalten: auch wer bei der Gegenbeleidigung unter dem Masse geblieben sei, habe immerhin Selbsthilfe geübt und damit auf die Klage verzichtet.¹¹⁾ —

Standesgleichheit des Injurianten und des Retorquenten hatte, wie oben erwähnt,¹²⁾ v. Quistorp gefordert. Übereinstimmend wollte Westphal von einer Retorsion des Beleidigten „gegen hohe Personen und seine Vorgesetzten“ nichts wissen, „weil sonst die Injurien ungleich“

⁸⁾ v. Segnitz, a. a. O., S. 40, b); Morstadt, a. a. O.

⁹⁾ Weber, a. a. O., S. 66; Gesterding, a. a. O., S. 330—331; Seuffert, a. a. O., S. 104; Mittermaier bei Feuerbach, § 296 a, IV; v. Segnitz, a. a. O., S. 40—42, 44; Köstlin, a. a. O., S. 86; Temme, Lehrb., § 196, S. 323.

¹⁰⁾ Seuffert, a. a. O., S. 104; v. Segnitz, a. a. O., S. 44.

¹¹⁾ Köstlin, a. a. O., S. 86.

¹²⁾ § 24 bei Anm. 46, S. 129.

sein würden.¹³⁾ Diese Ansicht musste naturgemäss bald veralten; vor der modernen Auffassung konnte dieselbe nicht Stand halten. Sie war bald allgemein aufgegeben.¹⁴⁾

III. In Ansehung ihrer Form musste die *injuria retorsiva*, nachdem sie des Charakters der Rechtmässigkeit entkleidet war, wieder zu ihresgleichen zurückkehren; eine Injurie, wie jede andere, hatte sie jetzt hinsichtlich ihrer Erscheinungsform nichts mehr vor anderen voraus. Denn war die Retorsion kein Rechtsgeschäft mehr, so erledigte sich damit die Formfrage, die ja nur civilistischen Ursprungs war. Wohl lehrte noch Dorn 1790,¹⁵⁾ die Retorsion könne auch schriftlich, auch durch Notar und Zeugen geschehen. Im 19. Jahrhundert war davon nicht mehr die Rede.

IV. Fast einhellig erklärte sich die Jurisprudenz gegen die Notwendigkeit, dass die Erwiderung in *continenti* (pausenlos, Zug um Zug, auf der Stelle, sogleich, in *flagranti*) geschehen sei, dass sie „wie das Echo dem Trompetenstoss, wie die Parade dem Hiebe“ gefolgt sei.¹⁶⁾ Nur bei solchen, die die Retorsion als eine Art der Verteidigung zu rechtfertigen unternahmen, doch auch nicht bei allen diesen fand das alte Requisit des in *continenti* einigen Beifall.¹⁷⁾ Ganz richtig erkannte Köstlin,¹⁸⁾ dass das „auf der Stelle“ mit der unklaren Vermengung der Retorsion und der Notwehr zusammenhänge.¹⁹⁾ Weber hatte rücksichtlich der Klage des Injurianten wider den Erwidrer folgende Distinktion machen wollen: dieselbe solle schlechthin verloren sein

¹³⁾ a. a. O., 84. Anm., § 2; Erkenntnis Nro. 28 (hinter der 84. Anm.), n. 6; Erkenntnis Nro. 23 (hinter der 81. Anm.), n. 14.

¹⁴⁾ Vgl. Weber, a. a. O., S. 67—68; Henke, a. a. O., § 130, VI; v. Segnitz, a. a. O., S. 48; Köstlin, a. a. O., S. 86.

¹⁵⁾ a. a. O., § 124, a).

¹⁶⁾ Dorn, a. a. O., § 124, a); Weber, a. a. O., S. 63—64; Dreyer, l. c., cap. 2, § 16, pag. 81; Henke, a. a. O., § 130, VI; Wächter, a. a. O., § 158, Anm. 4; Mittermaier bei Feuerbach, § 296a, IV; Morstadt, a. a. O., ⁵⁾ zu § 297, Zusatz; Köstlin, a. a. O., S. 85, γ); v. Buri, a. a. O., S. 91.

¹⁷⁾ Gesterding, a. a. O., S. 328—329; v. Segnitz, a. a. O., S. 40, b), S. 42—43. — Heffter, Lehrb. des gem. dtsch. Strafr., § 311, VIII, spricht ebenfalls nur von „sofortiger“ Erwiderung, will aber damit wohl nur referieren, nicht eigene Ansicht vortragen.

¹⁸⁾ a. a. O., S. 95, γ).

¹⁹⁾ Kronecker, im Gerichtssaal, Bd. XLI, S. 199, Anm. 2, weist Köstlins Ansicht als unrichtig ab. Mit Unrecht, wie sich aus unserem dritten und vierten Kapitel deutlich ergibt.

gegenüber den Schimpfworten und Thätlichkeiten, die während des einmal entstandenen Streites vorgefallen seien — selbst dann, wenn der Gegner sich bei seiner Erwiderung einer Übertreibung schuldig gemacht habe; denn der Erste habe doch nun einmal den Anderen gereizt. Anders, wenn der Beleidigte, um seine Privatrache wegen einer ihm schon vor einiger Zeit geschehenen Beleidigung auszuüben, den Streit von neuem anhebe und mit Schimpfworten oder Thätlichkeiten Denjenigen angreife, der ihn vorher beleidigt. Alsdann sei der erste Angreifer seiner Klage nur dann bar, wenn ihm proportional vergolten worden sei; denn man könne nicht sagen, dass den ersten Angreifer seine vorangegangene Beleidigungshandlung gegen jede beliebige Misshandlung rechtlos mache.²⁰⁾ — Später war von solcher Unterscheidung keine Rede mehr.²¹⁾

§ 31.

3. Die Retorsion im Verhältnis zur Kompensation.

Es ist in den beiden vorangegangenen Paragraphen versucht worden, die strenge Scheidung des für die Retorsion geltenden Rechts von dem Kompensationsrecht aufrecht zu erhalten, um die Fortentwicklung der Gedanken, die jenem zu Grunde liegen, aufzuzeigen. Dem damaligen Stande der Wissenschaft entspricht aber eine derartige Isolierung der Retorsion nicht. Den beidseitigen Wegfall des Klagerechts im Retorsionsfalle bezeichnete man vielmehr jetzt fast allgemein als Injurienkompensation. Wohl erkannten Einzelne die Verschiedenheit und forderten, dass man ja nicht Retorsion und Kompensation vermenge (so Mittermaier, v. Segnitz, Köstlin). Aber der communis opinio waren beide Begriffe derart zusammengefloßen, dass man keinen Anstand nahm, „kompensieren“ = „erwidern“ = „retorquieren“ zu setzen. Es wurde gewöhnlich in einheitlicher Darstellung, in einem Satze gelehrt, die Injurienklagen würden getilgt durch „Retorsion oder (im Sinne von *sive*) Kompensation“. Und wenn bei manchen Autoren die „Retorsion“ nicht erwähnt, nur die Injurien-„kompensation“ besprochen wird, so bedeutet dies sachlich keinen Mangel — nur terminologisch. Indessen ist doch die Identifizierung

²⁰⁾ Weber, a. a. O., S. 53—55.

²¹⁾ Nur bei v. Holzschuher, a. a. O., Bd. I, T. 2, Kap. 1, § 2, Ziff. 43 zeigt sie sich noch.

keine vollständige. Es gehen nicht eigentlich beide Begriffe ineinander auf, sondern vielmehr nur die Retorsion in der Kompensation: es findet sich Kompensation auch ausserhalb des Retorsionsfalles, wie unten noch genauer zu erörtern sein wird.

Hier gilt es jedoch noch, das Einfluten von Gedanken des Kompensationsrechts in die Retorsionslehre zu beleuchten. Fremd ist dieser letzteren an sich zunächst das Gleichheitsmoment. Der Affekt des Retorquenten, der Umstand, dass er Selbsthilfe übt, dass er deswegen der Klage verlustig geht oder auf dieselbe hiermit Verzicht leistet; das odium gegen den autor rixae, u. s. w. — alles dies sind Momente, die für sich allein juristische Bedeutung haben, ohne dass eine Vergleichung mit dem Thun des Gegners erforderlich wäre. Das Paritätsrequisit stammt aus dem Kompensationsrecht: nur »*paria delicta mutua pensatione tolluntur*«. An einer Stelle bildete sich bei dem Zusammenströmen ein Wirbel: hat der Retorquent sich einer *minus, quam par injuria* bedient, dann schlagen die Wellen der beiden Strömungen feindlich aneinander: Die Retorsionslehre will, dass auch hier die Klagen getilgt sind, denn der Erwiderer hat immerhin Selbsthilfe geübt; die Kompensationsdoktrin weigert die vollständige Aufrechnung, denn die Gleichheit fehlt.¹⁾ — Gleich im Anschluss hieran sei der Behandlung von *disparis injuria* im allgemeinen gedacht. Da die Retorsionslehre von Hause aus nichts nach par oder dispar fragt, so giebt es für sie nur die Alternative: entweder fallen die Klagen hinweg, oder sie fallen nicht hinweg. Bei Disparität das letztere. Ein Subtraktionsexempel des Inhalts, dass die kleinere Injurie von der grösseren abgezogen und nur der übrig bleibende Rest zur Verrechnung gestellt würde, ist für die reine Retorsionslehre undenkbar. Erst der Kompensationsgedanke kann zu solchem »pensare« führen, denn der Satz »*Paria delicta compensantur*« leidet ohne Schwierigkeit die Deutung, dass auch disparia delicta auf Höhe der Parität, quoad concurrentem quantitatem aufgerechnet werden, ganz wie ungleich hohe Forderungen in Höhe des sich deckenden Betrages zur Kompensation gelangen. In Ansehung der groben Exzesse des Beleidigten ward die letztere Strömung die mächtigere: statt dass in solchen Fällen die Klage beiden Teilen ganz versagt oder voll intakt belassen worden

¹⁾ S. die oben § 30, II, berichtete Meinungsverschiedenheit zwischen Köstlin und den Übrigen.

wäre, berechnete man den Exzess, „das Saldo“, und liess insoweit eine Klage des ersten Angreifers gegen den Erwiderer zu.²⁾ — Endlich zeigt sich der Einfluss der Kompensationstheorie darin, dass die beidseitige Klagetilgung in eine innere wechselseitige Verbindung gebracht wurde. Der Jurist, welcher von den Gesichtspunkten ausging, die der Retorsionslehre angehörten, musste immer streng einseitig verfahren: wer sich selbst geholfen hat und dadurch sich des Rechts auf gerichtliche Genugthuung begeben hat, der ist der Klage eben schon deswegen verlustig — gleichviel ob sein Gegner eine Klage gegen ihn hat oder nicht; und wer als *autor rixae* eine Gegenbeleidigung verschuldet hat, dem ist die Klage zu versagen ohne Rücksicht darauf, ob er selbst der Strafe verfällt. Dass der Klagewegfall ein wechselseitig bedingter ist, ist ein Gedanke, welcher der abwägenden Kompensationslehre angehört. In der That aber ist die Ansicht des 19. Jahrhunderts die, dass die Aufhebung der beiden Klagen zusammengehört. Dieser Gedanke kommt zum Durchbruch namentlich in der Motivierung des Klagewegfalls damit, dass die Klage eines Jeden durch die *exceptio doli* des Anderen aufgehoben werde.³⁾

Von mehr äusserlicher Bedeutung war daneben, dass die Autoren sich für die Beurteilung des Retorsionsfalles auf cap. 7 X. de adult. 5,16 bezogen,⁴⁾ und dass die Tilgung der Klagen im Retorsionsfalle davon abhängig gemacht wurde, dass die Beleidigungen beide *liquid* waren.⁵⁾

II. Kompensation.

§ 32.

I. Deliktiskompensation im allgemeinen.

Bereits dem 18. Jahrhundert war die Theorie, dass nur *delicta circa idem commissa* kompensabel seien, abhanden gekommen. Auch die moderne gemeinrechtliche Wissenschaft brachte das Erfordernis der Identität nicht wieder zum Vorschein. Nur bei Kleinschrod fand

²⁾ Vgl. Weber, a. a. O., S. 54—55; Glück, in den Blättern f. Rechtsanw., Bd. III, S. 404, 407; Morstadt, a. a. O., ³⁾ zu § 297, Zusatz; Köstlin, a. a. O., S. 86.

³⁾ v. Grolmann, a. a. O., § 229, II; v. Segnitz, a. a. O., S. 47.

⁴⁾ So z. B. Heffter, a. a. O., § 311, VIII, Anm. 13 und 15; Morstadt, a. a. O., ³⁾ zu § 297, Zusatz.

⁵⁾ Westphal, a. a. O., 84. Anm., § 2, 1).

die alte Lehre noch einen Nachhall: es greift nach ihm keine Kompensation Platz, „wenn das Verbrechen des Einen keinen Bezug auf das des Anderen hat: hier bleibt jede That für sich strafbar, ohne dass das Verbrechen des Ersten auf jenes des Zweiten einen Einfluss behaupten könnte“. ¹⁾ Sonst wird in der Litteratur auf das »circa idem« kein Gewicht gelegt. Wohl aber müssen nach allgemeiner Meinung die Delikte

gegenseitig,
von gleicher Art
und an Stärke gleich

sein. Sind sie so beschaffen, dann fallen ipso jure auf beiden Seiten die Ansprüche auf Privatgenugthuung hinweg. ²⁾ Dagegen „kann die Verbindlichkeit zu öffentlichen Strafen durch Kompensation nicht gehoben werden“, schon deshalb nicht, weil „hier kein wechselseitiger Gläubiger und Schuldner da ist“. ³⁾ Doch ist hierbei nur an die totale Kompensation zu denken. Einigen Einfluss räumte man dem Umstande, dass paria crimina wechselseitig ausgetauscht worden waren, bisweilen doch ein, indem man, wie es schon Carpzov gethan, ⁴⁾ die Kompensation unter den Strafmilderungsgründen aufführte, mindestens für Fälle, „wo die Privatläsion ein Hauptumstand ist, worauf die Strafbarkeit beruht“. ⁵⁾ Insoweit war also die Kriminalstrafe wenigstens der partiellen Kompensation zugänglich. Nach Kleinschrod, der diese Frage eingehender erörtert, ist Voraussetzung zunächst, dass ein Delikt durch ein anderes erwidert („kompensiert“, sagt Kleinschrod) wurde (Requisit des circa idem!); sodann, dass durch die Erwidernng der Schaden des ersten Verbrechens oder das dadurch angestiftete Unrecht gemildert worden ist, und dass endlich dieser

¹⁾ Systemat. Entwickelg. der Grundbegr. u. Grundwahrheiten des peinl. R., T. II, § 92.

²⁾ Kleinschrod, das.; Westphal, a. a. O., 17. Anm., § 1, § 3; Glück, Ausführl. Erläuterg. der Pand., T. XV, Abt. 1, § 929; Heimbach, in Weiskes R.-Lex., Bd. II, v. Compensation, S. 744—746; v. Holzschuher, a. a. O., Bd. III, Allgem. T., Kap. 6, § 2, Compensation, Ziffer 3, i); Feuerbach, Lehrbuch, § 101, XI; Morstadt, a. a. O., zu § 101, *).

³⁾ Westphal, a. a. O., 17. Anm., § 2; Kleinschrod, a. a. O.; Glück, a. a. O., bei Anm. 67; Heimbach, a. a. O., S. 745, b); Morstadt, a. a. O., zu § 101, *).

⁴⁾ S. oben § 27, S. 146.

⁵⁾ Westphal, a. a. O., 17. Anm., § 2; Feuerbach, a. a. O., § 101, XI. Dagegen Morstadt, a. a. O., *) zu § 101.

Schaden bzw. dieses Unrecht den Hauptmassstab der Strafe ausmachen. Liegen diese Momente alle vor, dann ist ein jeder durch sein Verbrechen Ursache, dass er weniger als gewöhnlich beschädigt wird. Hätte er seine That unterlassen, so würde er grösseren Schaden durch das Verbrechen des Anderen gelitten haben, als er nun empfindet, da er den Anderen auch beleidigt und ihn in Schaden versetzt. Es beraubt sich der Erste zum Voraus der Fähigkeit, eine Vergütung zu fordern für den Fall, dass jener ihm wieder einen Nachteil zufügen sollte; und der Zweite thut auf seinen Schadensersatz dadurch Verzicht, dass er den Ersten auf gesetzwidrige Art wieder beschädigt (— aus der Retorsionslehre! —). Keiner kann sich also vollkommen über erlittenes Unrecht oder Schaden beklagen; keiner hat vollen Nachteil. Deshalb muss die Strafe in eben dem Grade sinken, als der Schaden bzw. das Unrecht abnimmt; insbesondere kann, weil auf keiner Seite volles Unrecht mehr vorliegt, keinesfalls die ordentliche Strafe eintreten. Zu beachten ist aber, dass beide Teile verschieden strafbar sind. Der Erste ist strafbarer, er beschädigt einen Unschuldigen, der ihm dazu keine Veranlassung gab; der Zweite fügt nur seinem Beleidiger Nachteil oder Unrecht zu, und er thut dies aus gerechtem Schmerz, er will sich selbst Recht verschaffen. Deshalb sind
dem Ersten ungefähr ein Drittel,
dem Zweiten dagegen ungefähr zwei Drittel oder drei Viertel
von der ordentlichen Strafe nachzulassen.⁶⁾

§ 33.

2. Injurienkompensation.

I. Wie in der vorigen, so fand auch in der laufenden Periode die hergebrachte Ansicht von der *compensatio injuriarum* Gegner, welche dieselbe vor der Kritik nicht passieren lassen wollten. Hierher gehört Dreyer, der nur reine Summenkompensation in Injuriensachen zulässt.¹⁾ Gesterding würde hierher zu stellen sein, gäbe er nicht inkonsequent seinen prinzipiellen Standpunkt am Ende wieder auf.²⁾ Spangen-

⁶⁾ Kleinschrod, System. Entwickelg., II, § 92.

¹⁾ l. c., cap. 2, § 16, pag. 80.

²⁾ Er verwirft — a. a. O., S. 319 ff. — zunächst die Kompensation vollständig; auch wenn die wechselseitigen Beleidigungen etwa von gleicher Stärke seien, sei an Aufrechnung nicht zu denken. Denn auf die Beschaffenheit der Beleidigungen könne es garnicht ankommen, sondern nur auf die Art der dadurch begründeten Forderungen.

berg³⁾ spricht von „Bedenklichkeiten, die sich gegen die Zulässigkeit der Abrechnung bei Injurien erheben lassen“, zweifelt, „ob man überhaupt die Kompensation bei Injurien für zulässig ansehen wolle“, und führt aus: „Das Privilegium der Einrede der Kompensation bei gegenseitigen Forderungen beruht lediglich und allein auf dem Grundsatz, dass die eine Forderung die andere ipso jure aufhebt. Dieser Grundsatz lässt sich aber auf die Kompensation der Injurien nicht anwenden; es lässt sich nicht sagen, dass eine zugefügte Injurie durch die von dem Gegner gleichfalls zugefügte Injurie erlischt, weil durch jene Wechselseitigkeit der Injurien eine wahre Abrechnung nicht eintreten kann, sondern der Umstand, dass die Injurien wechselseitig waren, nur die Strafbarkeit beider Injurianten vermindert. Ausgestossene Schimpfworte und empfangene Schläge werden in der That dadurch nicht aufgehoben, dass der Injurierte gleichfalls Schimpfworte gegen den Injurianten ausgestossen oder ihn geschlagen hat: jeder behält vielmehr, was er empfing; es liegt keine Kompensation im eigentlichen Sinne vor, und so hat also die Einrede der Kompensation in Injuriensachen mit den bei Geldforderungen nicht das Geringste gemein“. Starke Zweifel gegen die Injurienaufrechnung hegt Abegg.⁴⁾ Die Injurienkompensation Mittermaiers ist reine Kompensation der Schuldsummen.⁵⁾ Endlich v. Buri sagt treffend: „Ungerechtfertigt ist es, wenn man jedem der beiden Injurianten gegen den Willen des Anderen eine Kompensations-

Nun habe zwar Jeder von dem Anderen Genugthuung zu fordern; aber niemand erhalte dadurch Genugthuung, dass er dem Anderen keine gebe. „Zwar — eine Art von Genugthuung möchte am Ende doch darin liegen, und zwar eine, die er sich ohne Absicht selbst hat verschaffen müssen“; aber er habe eine andere Art Genugthuung zu fordern gehabt. Der Grund, weshalb bei wechselseitigen Forderungen Abrechnung möglich sei, so dass die eine die andere aufhebe, weil jeder schon habe und zwar ganz dasselbe habe, was er von dem Anderen fordere, dieser Grund falle bei Injurien weg. Nur Summenkompensation könne es geben. Widerruf und Abbitte seien nicht gegeneinander aufrechenbar. Aber auch Widerruf lasse sich gegen Widerruf nicht aufrechnen, Abbitte nicht gegen Abbitte; denn im Grunde sei jede Forderung hier auf etwas anderes gerichtet, und der Anspruch des Einen werde dadurch nicht befriedigt, dass er einen ähnlichen Anspruch an den Anderen habe. Die Tilgung der Klagen im Retorsionsfalle sei ebenfalls keine „Kompensation“, sondern habe ihre eigenen Gründe. — Aber S. 329 a. a. O. heisst es plötzlich doch: „Billigkeit und Gleichheit sprechen für Kompensation“.

³⁾ Neues Archiv des Krim.-R., Bd. XII, S. 647—649.

⁴⁾ a. a. O., S. 307, bei Anm. 609 („schwerlich“).

⁵⁾ bei Feuerbach, § 296 a, III.

befugnis einräumt, denn von kompensabeln Werten kann nur im Civilrecht die Rede sein“.⁶⁾

II. Indessen stand die Theorie überwiegend auf dem entgegengesetzten, der Injurienkompensation günstigen Standpunkt. Spangenberg bezeugt hierfür auch das Vorhandensein eines „entschiedenen Gerichtsgebrauchs“.

Die Anhängerschaft der Injurienkompensation gruppiert sich in zwei Kreisen, einem engeren und einem weiteren. Wie oben gezeigt, hatte die Kompensation sich das Retorsionsgebiet erobert. Die Ansichten teilten sich nun. Die Einen unterstellten, dass die Kompensation nur in den früheren Sitzen der Retorsion zu Hause sei, die Grenzen beider Gebiete sich deckten. Die Anderen wiesen ihr das weite Gebiet der *mutuae injuriae* ohne das Erfordernis eines Erwidernungskonnexes zu. Seltsamerweise fand zwischen diesen verschiedenen Auffassungen weder eine eigentliche Kontroverse, noch andererseits eine Verständigung statt. Sie existierten nebeneinander, die engere mehr von den Kriminalisten, die weitere mehr von den Civilisten vertreten.

1. Diejenige Richtung in der Litteratur, die schlechthin Retorsion und Kompensation verschmolz, ohne der letzteren ein weiteres Feld der Bethätigung zu belassen, vollzog diese Identifizierung so gründlich, dass sogar, wie schon oben hervorgehoben, die beiderseitigen Ausdrücke Synonima wurden. Im Retorsionsfalle wurden die Injurien jetzt miteinander „kompensiert“, was ja nach Überwindung des *jus retorquendi* kein logischer Widerspruch gegen die Ausgangspunkte mehr war. Begründet wurde das Resultat des zweiseitigen Klagewegfalls sowohl durch die Regel »*paria delicta*« cet., wie durch Annahme einer *exceptio doli* hüben und drüben, endlich auch durch die aus der Retorsionslehre stammenden Erwägungen (Selbsthilfe auf Seite des Retorquenten, Urheberschaft auf Seite des Injurianten). Namentlich waren es diese letzteren, welche sich eine massgebende Stellung zu erhalten wussten. Dabei aber assimilierten dieselben sich den Kompensationsideen so vollständig, dass die Theorie gerade in ihnen den wesentlichen Grund erblickte, weshalb Injurien kompensiert würden, gerade die Tilgung der beiderseitigen Klagen vermittelt ihrer als Kompensation bezeichnete.

⁶⁾ a. a. O., S. 92.

Die vorstehend geschilderte Auffassung eignet den Darstellungen namentlich von Steltzer,⁷⁾ Tittmann,⁸⁾ Klein,⁹⁾ v. Grolmann,¹⁰⁾ Henke,¹¹⁾ v. Holzschuher,¹²⁾ Rosshirt¹³⁾ und Morstadt.¹⁴⁾ Am augenfälligsten tritt sie da zu Tage, wo dem „Retorquenten“ und seinem Gegner die exceptio „compensationis“ gegeben (Holzschuher, Morstadt), wo von dieser gesagt wird, sie sei „nichts anderes, als die Berufung auf die vom Kläger gebrauchte Selbsthilfe“ (Rosshirt), endlich da, wo das zu „Wiedervergeltung und Kompensation“ gesetzte Prädikat im Singular auftritt (Steltzer, Klein¹⁵⁾).

Über die Voraussetzungen dieser Retorsionskompensation ist Besonderes nicht zu sagen. Sie sind identisch mit den oben erörterten Kriterien des Retorsionsfalles. In entsprechender Weise gilt das, was oben über die Folgen des Vorliegens eines Retorsionsfalles ausgeführt ist, für Bedeutung und Tragweite der Aufrechnung. Nur einer aus der Kompensationslehre herrührenden Einschränkung, die Tittmann macht,¹⁶⁾ ist hier noch zu gedenken: die Art der Genugthuung, verlangt er, muss auf der einen wie auf der anderen Seite dieselbe sein. Steht also auf der einen Seite die Ehrenerklärung in Frage, auf der anderen die Abbitte, so darf der Richter keinen von beiden Teilen hiermit verschonen.

2. Neben denjenigen Juristen, die ausschliesslich im Falle der Erwiderung einer Injurie mit einer anderen Aufrechnung eintreten lassen, stehen solche, welche den Retorsionsfall nur als einen besonders erwähnenswerten Fall der Kompensation behandeln (so Wächter,¹⁷⁾

⁷⁾ Lehrb. des deutschen Crim.-R., § 417, 3, b).

⁸⁾ Handb. der Str.-R.-Wissensch., Bd. II, § 361, bei Anm. e).

⁹⁾ Grunds. des gem. dtsh. u. preuss. peinl. R., § 248.

¹⁰⁾ a. a. O., § 229.

¹¹⁾ a. a. O., § 130, VI.

¹²⁾ a. a. O., Bd. I, T. 2, Kap. 1, § 2, Ziff. 23, 43.

¹³⁾ a. a. O., § 108, S. 269.

¹⁴⁾ a. a. O., ⁵⁾ zu § 297, Zusatz.

¹⁵⁾ „Wiedervergeltung und Kompensation kann nur auf Privatgenugthuung Einfluss haben“; „Kompensation und Wiedervergeltung hindert nur die Privatgenugthuung“.

¹⁶⁾ a. a. O., § 361.

¹⁷⁾ Lehrb., II, § 158.

Heffter,¹⁸⁾ Schwarze¹⁹⁾; und wiederum andere, welche lediglich von *mutuae injuriae* reden, ohne die im Erwiderungskonnex stehenden Injurien besonders herauszuheben (so z. B. Glück,²⁰⁾ Bauer,²¹⁾ Heimbach.²²⁾

Insoweit nun der Kompensation ein derartiger weiterer Wirkungskreis zugewiesen wird, erscheint sie (den für den Oberbegriff, die Deliktiskompensation, aufgestellten Sätzen entsprechend) an die Voraussetzung gebunden, dass die Injurien gegenseitig, gleichartig und von gleicher Grösse oder Strafbarkeit sind.²³⁾ Ein Zusammenhang der Thaten miteinander ist nicht erforderlich. Kleinschrod wollte, wenn „Zwei sich wechselseitig beschimpft, die Sache nach den Grundsätzen der Kompensation ermessen, und diese gänzlich hier angewandt“ wissen,²⁴⁾ d. h. nach dem oben § 32 bei Anm. 1 Angeführten: er verharrete auch für die Injurienaufrechnung folgerecht bei dem *circa-idem*-Requisit. Anderwärts wird dasselbe aber nicht aufgestellt. Das Oberappellationsgericht von Bayern sprach im Gegenteil 1852 aus, dass nach gemeinem Recht wechselseitige Injurien auch dann kompensabel seien, wenn sich zwischen den beiderseitigen Injurien ein zeitlicher Zwischenraum befinde oder sie des inneren Zusammenhangs entbehrten.²⁵⁾

¹⁸⁾ a. a. O., § 311, VIII.

¹⁹⁾ in Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. VII, S. 248 (es ist „nicht nötig, dass eine in *continenti* geschehene Retorsion vorliegt“).

²⁰⁾ Erläut. der Pand., T. XV, Abt. 1, § 929, d).

²¹⁾ Lehrb. des Strafr., § 217 (209), I.

²²⁾ in Weiskes R.-Lex., II, „Compensation“, S. 746.

²³⁾ G. J. Fr. Meister (der Jüngere), Princip. jur. crim., § 189; Glück, a. a. O.; Wächter, a. a. O., § 158, Anm. 3; Bauer, a. a. O.; Krug, Kompensation, S. 148; Hartter, Röm.-dtsh. R. der Komp., § 43, S. 139; Marezoll, a. a. O., § 126 a. E., Anm. 1; Heimbach, a. a. O.; O.A.G. von Bayern, 1852, in den Blättern für Rechtsanwendung, Bd. XIX, S. 284; v. Segnitz, a. a. O., S. 48 ff.; Heffter, a. a. O., § 311, VIII, Anm. 13; Temme, Lehrb., § 196, S. 323. O.A.G. Lübeck 1868 bei Kierulff, Sammlg. der Entscheidungen des O.A.G. Lübeck, Bd. V, S. 11. Unklar Gesterding, a. a. O., S. 329 (vgl. dazu oben Anm. 2): „Billigkeit und Gleichheit sprechen für Kompensation, insofern von völlig gleichartigen Injurien die Rede ist, und die sich beide zur Abbitte eignen, kurz, insofern die eine als Retorsion der anderen hätte entschuldigt werden können, wenn sie Retorsion, d. h. in Beziehung auf die andere, vorhergehende, zugefügt wäre“.

²⁴⁾ Abhandlungen, III, S. 459.

²⁵⁾ Blätter f. R.-Anwendg., Bd. XIX, S. 284.

Der Umstand, dass, wie soeben gesagt wurde, Gleichartigkeit der aufzurechnenden Injurien gefordert ward, unterscheidet die Kompensation in weiterem Sinne von der aus der Retorsion herausgewachsenen engeren Kompensation.²⁶⁾ Die wichtigste Anwendung des Gleichartigkeitsgrundsatzes ist die, dass die Aufrechnung von Verbalinjurien gegen Realinjurien nicht zugelassen wird, sondern eine Verbalinjurie nur mit einer Verbalinjurie, eine Realinjurie nur mit einer Realinjurie zur Kompensation gelangt.²⁷⁾

Sind die bezeichneten Voraussetzungen gegeben, so fällt für beide Teile die Privatgenugthuung hinweg.²⁸⁾ Gewöhnlich wird hierbei nur an die mit der *actio aestimatoria* einzuklagende Geldstrafe gedacht.²⁹⁾ Ob die civilen Nebenklagen (auf Abbitte, Palinodie, Ehrenerklärung) sich zur Kompensation eigneten, war streitig.³⁰⁾ Unter Voraussetzung der bejahenden Meinung übertrug Krug³¹⁾ das Paritätsrequisit von den *injuriae ipsae* auch auf die daraus entfließenden *actiones*, so dass nach ihm nur *aestimatoria* gegen *aestimatoria*, *recantatoria* gegen *recantatoria* u. s. w. wegfällt.

III. In der vorigen Periode waren die Ansichten darüber geteilt, ob nur *ope exceptionis* kompensiert werden könne oder aber *ex officio*. Die Praxis folgte auch noch im 19. Jahrhundert teils dieser, teils jener Meinung. Spangenberg, der sich *ex professo* mit dieser Frage beschäftigte,³²⁾ verlangte Vorschützung der Einrede; von Amts wegen dürfe das Vorhandensein der Gegeninjurie nicht berücksichtigt werden, da diese Basis der Kompensationseinrede eine faktische sei und der Richter den Parteien Thatfachen nicht suppeditieren dürfe.

²⁶⁾ S. oben § 30, II, S. 164.

²⁷⁾ Glück, Erläuterg. der Pand., a. a. O., § 929, d); v. Segnitz, a. a. O., S. 48 ff.

²⁸⁾ Glück, das.; Martin, Lehrb. des deutschen gem. Crim.-R., § 169; Bauer, a. a. O., § 218 (209) 1; Krug, a. a. O., S. 148; Hartter, a. a. O., § 43, S. 139; Marezoll, a. a. O., § 126 a. E., Anm. 1; Heffter, a. a. O., § 311, VIII, Anm. 13; App.-Ger. Frankfurt u. O.-A.-Ger. Lübeck 1853, Sammlg. der Entscheidungen des O.A.G. Lübeck in Frankfurter Rechtssachen, Bd. I, S. 15—16; 23—24.

²⁹⁾ v. Segnitz, a. a. O.; Heffter, a. a. O.; Schwarze, in der Sächs. Allg. Ger.-Ztg., VII, S. 248; Temme, Lehrb. des preuss. Str.-R., S. 849 bei Anm. 5.

³⁰⁾ Contra: Westphal, a. a. O., 17. Anm., § 4; vgl. Tittmann, oben bei Anm. 16. — Pro: Hartter, a. a. O.; Heimbach, in Weiskes R.-Lex., II, S. 746.

³¹⁾ a. a. O., S. 148.

³²⁾ Neues Arch. des Krim.-R., Bd. XII, S. 647—649.

IV. Die partielle Kompensation machte keine Fortschritte. Tittmann polemisierte gegen Strube:³³⁾ es sei ein innerer Widerspruch, den Anspruch auf Schmerzensgeld wegfallen zu lassen, den Anspruch auf das Heilerlohn dagegen aufrecht zu erhalten.³⁴⁾ Es bewendete bei den Ansätzen, die sich für die Retorsionskompensation dahin entwickelten, dass bei *disparitas injuriarum* nur der Exzess gestraft wurde.³⁵⁾

V. Die öffentliche Strafe blieb der Kompensation unzugänglich.³⁶⁾ Nur Strafminderung ward bei Vorliegen wechselseitiger Beleidigungen nachgelassen.³⁷⁾

FÜNFTES KAPITEL.

Die partikuläre Gesetzgebung in Deutschland seit der Mitte des 18. Jahrhunderts.*)

§ 34.

Vorbemerkungen.

Es ist oben im Eingang des vierten Kapitels bemerkt, dass die Gesetzgebung des alten römischen Reichs deutscher Nation über Retorsion und Kompensation keine Bestimmungen getroffen hat. Wohl aber finden sich solche schon früh in den deutschen Territorialrechten, in den Aufzeichnungen ungesetzten Rechts sowohl, wie auch in Gesetzgebungswerken und Einzelgesetzen. So wurde z. B. in Württemberg die schriftliche Retorsion der Injurien durch ein Generalreskript vom

³³⁾ oben § 28, III, 4, S. 151, Anm. 23.

³⁴⁾ Tittmann, Handb., II, § 361.

³⁵⁾ oben § 31, bei Anm. 2.

³⁶⁾ Steltzer, a. a. O., § 417; Klein, Grunds. des gem. dtsh. u. preuss. peinl. R., § 248; Tittmann, a. a. O., § 361, bei Anm. d); Martin, a. a. O., § 169; Wächter, Lehrb., II, § 158, Anm. 2, 3; Krug, a. a. O.; Knapp, Württemberg. Kriminalr., S. 273; Kriminalkammer des O.A.G. Kassel 1835, bei Heuser, Bemerkenswerte Entscheidungen, Bd. V, S. 638—639; Kersting, Das Strafr. in Kurhessen, Bd. II, S. 521; Abegg, a. a. O., § 307, bei Anm. 609; Hartter, a. a. O., § 43, Anm. 3; Mittermaier bei Feuerbach, § 296a, Anm. 5; Heffter, a. a. O., § 311, Anm. 13, 15. — A. M. nur Temme, Lehrb. des gem. dtsh. Str.-R., § 196, S. 323.

³⁷⁾ Tittmann, a. a. O., § 361, bei Anm. d).

*) Einen gedrängten Überblick über den Stand der Partikularrechte nach dem status des Jahres 1848 giebt Häberlin, Grundsätze des Kriminalr. nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, Bd. III, S. 386—388.

24. Juli 1620 verboten. Kursachen gestattete 1661 (dec. 85) die Retorsion bei wörtlichen Injurien, hob sie dagegen 1712 (Mandat wider die Selbststrache vom 2. Juli 1712, § 22) gänzlich auf. Die Lage der Partikularrechte bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts¹⁾ muss jedoch hier bei Seite bleiben, weil jenen älteren Bestimmungen für den Entwicklungsgang der Retorsion und Kompensation keine Bedeutung zukommt, sie vielmehr nur eine Einzelexistenz geführt haben.

Zur Darstellung soll daher im Folgenden nur das Recht gelangen, welches die Landesgesetzgebung von 1751 bis 1869, anhebend mit dem Codex juris Bavarici criminalis, ausgehend mit dem Kriminalgesetzbuch der Freien und Hansestadt Hamburg, geschaffen hat. Von der Betrachtung ausgeschlossen bleibt dabei das Recht Österreichs, eben so sehr wie das Recht der Schweizer Kantone u. s. w. Nur die Gesetzgebungen, die auf dem Boden des heutigen Deutschen Reichs erwachsen sind, interessieren hier.

Dieses Partikularrecht nun weist folgende allgemeinen Züge auf:

I. Das jus retorquendi hatte sich im gemeinen Recht um die Wende des 19. Jahrhunderts überlebt, während es bis dahin noch florierte. Blüte und Verfall spiegeln sich im Partikularrecht wieder. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 schloss sich, wie in den meisten übrigen Stücken, so auch hinsichtlich der Retorsion an die damaliger Zeit in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz herrschende Meinung an, d. h. er sanktionierte die Berechtigung des Injurierten zur Retorsion,²⁾ wie unter anderem daraus hervorgeht, dass die *retorsio retorsionis* für „nicht erlaubt“ erklärt wird.³⁾ Aber die

¹⁾ Verschiedenes hier Einschlägige s. bei Günther, Idee der Wiedervergeltg., II, S. 21—24. — Vgl. auch Knapp, Das Württemberg. Kriminalrecht, S. 273; Lübisches Stadtr., T. IV, Tit. 4, Art. 9; David Mevius, ad h. loc.

²⁾ Teil IV, Kap. 17, § 18.

³⁾ l. c., 10^{mo}. Vgl. O.A.G. von Bayern 1852 (noch unter Geltung des Codex Maximilianeus) in den Blättern für Rechtsanwendung, Bd. XIX, Ergänzungsblatt, S. 96 („Akt abgedrungener Selbstverteidigung“). — Wegen seines mit der modernen Auffassung nicht harmonierenden Charakters sei das kurbayerische Retorsionsrecht hier in Kürze skizziert und weiterhin nicht mehr berührt. Das Gesetz sagt l. c.: „Durch die Retorsion und Zurückschiebung der Schmach wird dieselbe . . . aufgehoben. Wobey jedoch folgendes zu beobachten kommt. 1^{mo}. Bestehet die Retorsion darin, dass man den Injurianten nicht nur Lügen straft, sondern zugleich für den nämlichen erklärt, für welchen man von ihm gescholten worden ist“,

folgende partikuläre Kodifikation, das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794, sprach ausdrücklich aus:

„. . . Überhaupt darf niemand sich für vermeintlich erlittene Beleidigungen eigenmächtig Genugthuung nehmen.“⁴⁾

Die späteren Gesetzgebungen brachten ein solches Verbot nicht zum Ausdruck⁵⁾ — es folgt zur Genüge schon aus den allgemeinen Grundsätzen. Ein *jus retorquendi* gewährte keines der Gesetze mehr. Doch entzog das Sächsische Gesetzbuch von 1855 (im Zusammenhange mit der theoretischen Ansicht Schwarzes⁶⁾) dem Wirkungskreis der für „Retorsion“ geltenden Bestimmungen eine Reihe von Fällen dadurch, dass es in seinem Art. 240, Abs. 2, ein vom Rechte der Notwehr verschiedenes „Abwehrrecht“ gegen Beleidigungen konstruierte: Straflosigkeit, bestimmte es, solle eintreten in dem Falle, „wenn sich jemand bei der Abwehr unerlaubter oder unsittlicher Handlungen oder Zumutungen von sich oder anderen zu verdienet, wenngleich ehrenrühriger Beur-

wohingegen für keine Retorsion aufgenommen werden solle, „wenn man nicht das nämliche, was man empfangen hat, sondern mehr oder minder zurückschiebt, und z. E. demjenigen, von welchem man für einen Ehebrecher angegeben worden ist, mit Schelm-, Dieb- und anderen dergleichen Schändungen begegnet“. Also ganz die typische Ausprägung des früheren gemeinen Rechts. Köstlin bemerkt (Abhandlungen, S. 83, Anm. 7): „Ganz eigentümlich ist der Cod. Bavar., . . . er behandelt die Retorsion ganz als *Retourchaise*“. Die „Eigentümlichkeit“ erklärt sich historisch sehr einfach! Übrigens verlor sich die typische Ausprägung im Laufe der Zeit bei Handhabung des Gesetzes; z. B. ist in dem oben zitierten Erkenntnis des Bayerischen O.A.G. die Retorsion einfach die Erwiderung einer erlittenen Injurie. — Das Gesetz verfügt dann weiterhin, dass die Retorsion „nur in blossen Verbal-Injurien, nicht in Real-Schmächen“ statt habe. Auch „muss solche gleich mündlich auf der Stelle in Gegenwart des Schmähers geschehen, ausser in Schmächen, welche nur in Abwesenheit oder schriftlich zugefügt worden sind, denn diese werden längst einer Monatsfrist von Zeit erlangter Wissenschaft und sicherer Nachricht durch Schreiben oder Beschiekung ehrbarer Leute, oder welches am rathsamsten ist, durch ein förmlich errichtetes und dem Schmähler zugefertigtes Notariats-Instrument retorquirt“. (Vgl. hierzu das mehrzitierte O.A.G.-Erkenntnis.) Die Retorsion bewirkt den Wegfall sowohl der „Ästimations- als Widerrufungsklage. Der Obrigkeit bleibt demungeachtet die gebührende Strafe gegen den Schmähler bevor“. — Daneben ist in dem Kodex auch noch von Kompensation die Rede, wie unten in §§ 36 ff. des Näheren angegeben.

⁴⁾ § 666 II, 20.

⁵⁾ Vgl. indess Braunschweig. Str.G.B. § 200: „Wer eine Ehrenkränkung oder Verleumdung erwidert, ist nach Massgabe der in der Erwiderung liegenden Beleidigung zu bestrafen . . .“; Thüring. Str.G.B., Art. 192⁶⁾: „Wird eine Ehrenverletzung erwidert, so ist die Erwiderung nicht straflos . . .“

⁶⁾ Oben § 29, bei Anm. 10, S. 157.

teilung dieser Handlungen oder Zumutungen veranlasst gefunden hat“. Schwarze bringt ein Beispiel hierfür bei: Der Vater eines Mädchens rügt die diesem widerfahrene unartige Behandlung und verweist dem Betreffenden sein „freches Benehmen“. Er fügt hinzu, Art. 240 Abs. 2 setze zu seiner Anwendbarkeit voraus, dass die Beurteilung auf der Stelle erfolgt und in unmittelbare Kontinuität zu der Handlung oder Zumutung getreten sei.⁷⁾ Im Gegensatz zu dieser „Abwehr“ blieb aber die „Erwiderung“ auch für Sachsen unerlaubt.

Hatte so die Legislatur sich vollständig auf den modernen Standpunkt gestellt, so blieb doch die Litteratur hie und da in dem Vorstellungskreise von ehemals befangen. Nicht als ob die partikularrechtlichen Juristen den Sinn der Gesetze missverstanden hätten oder sich gar zu diesen hätten in Widerspruch setzen wollen. Aber in ihrer Ausdrucksweise laufen zuweilen Wendungen unter, die — ihrer eigenen wie des Gesetzes Meinung zuwider — nur eine Erbschaft aus der Zeit sind, in der es eine „rechtmässige“ Retorsion gab. Die wegen Affekts oder aus anderen Gründen straflose Erwiderung wird ohne weiteres zur *retorsio licita* gemacht, selbst für das Geltungsgebiet solcher Gesetze, welche dem Richter freistellen, zu strafen oder nicht zu strafen! So spricht Glück für das Preussische Landrecht, trotz des oben bei Anm. 4 angeführten § 666 II 20, von einem „Kompensationsrecht“ unter Identifizierung des Rechts zur Erwiderung mit dem Recht zur gerichtlichen Geltendmachung der Gegenbeleidigung.⁸⁾ Für Württemberg, 1839, behauptet Hufnagel,⁹⁾ die *Rétorsion* sei nichts anderes, als eine erlaubte Selbsthilfe oder eigentlich eine erlaubte Privatrache. Nach Puchelt soll es im Sinne des Badischen Gesetzbuchs von 1845 „eine der menschlichen Natur widerstrebende Zumutung“ sein, „dass der thätlich Angegriffene sich ganz ruhig verhalte und mit der oft ganz unsicheren Aussicht auf dereinstige, mittels einer öffentlichen Klage zu erwirkende Genugthuung vertröste“, und weiterhin giebt er dem Beleidigten direkt ein „Recht (= Befugnis) der Erwiderung“.¹⁰⁾ Ebenso vermeinten die Motive zum Sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 dem klaren Sinne des Gesetzes zuwider, durch dasselbe sei

⁷⁾ Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII. Jahrg., S. 252.

⁸⁾ Glück, in den Bl. f. Rechtsanwendg., Bd. III, S. 392.

⁹⁾ Strafges.-B. f. d. Kgr. Württemberg, Bd. II, S. 226.

¹⁰⁾ Puchelt, D. Strafges.-B. f. d. Gr.-Herzogt. Baden mit Erläuterungen, zu § 312, Bem. 2, S. 458.

das »jus retorsionis« (im Sinne von Retorsionsbefugnis) wieder eingeführt.¹¹⁾ Bei Goltdammer heisst es mit Bezug auf das Preussische Gesetzbuch von 1851: Die Selbsthilfe (Selbstrache) sei in Gestalt der Retorsion der Injurien „indirekt (sic!) gestattet“, und weiterhin nochmals, die Retorsion sei „gestattet“.¹²⁾ Auch bei Häberlin begegnet¹³⁾ die Wendung, dass (nach dem Rechte von Württemberg u. s. w.) die Retorsion „zulässig“ sei, dem Beleidigten ein „Recht der Selbstrache oder Retorsion“ zustehe. Desgleichen bei Schletter, welcher Straflosigkeit und Rechtmässigkeit einfach identifiziert.¹⁴⁾

Dass solche Auffassungen in der That fehl gehen, wird die folgende Darstellung ergeben.

2. Eine Deliktskompensation giebt es in den Partikularrechten nicht mehr. Das genus ist fortgefallen, übrig geblieben ist nur die species „Injurienkompensation“ (jetzt Kompensation von Beleidigungen und zum Teil Körperverletzungen), und auch sie nicht überall. Es giebt Gesetzgebungen, in die die Kompensation gar keinen Eingang gefunden hat. Die anderen haben der Kompensation ihren Platz nicht im „Allgemeinen Teil“, sondern im „Besonderen Teil“, bei den Ehr- und eventuell Körperverletzungen angewiesen.

3. „Kompensation“ nennt man jetzt schlechthin das, sei es totale, sei es partielle, sei es obligatorische, sei es fakultative Wegfallen der, sei es privaten, sei es kriminellen Strafen beider Teile wegen Gegenseitigkeit strafbaren Thuns, wobei als „Kompensations“gründe in erster Reihe die Erwägungen stehen, die einst die Retorsionslehre herausgearbeitet hatte. Der solcher Kompensation unterliegende Thatbestand ist gewöhnlich der der Retorsion, jedoch nicht ausnahmslos: es giebt, wie in der gemeinrechtlichen Wissenschaft, auch *compensatio mutuarum injuriarum* ohne die Notwendigkeit eines Erwidierungszusammenhangs. Eine dem gemeinen Recht gegenüber neue Erscheinung ist: Retorsion ohne Kompensation: einzelne Gesetzgebungen treffen für den Erwidierungsfall dahin Bestimmung, dass sie nicht dem Kompensationsgedanken Raum geben, sondern nur einseitig die Strafbarkeit des

¹¹⁾ Vgl. Krug, Kommentar zu dem Strafges.-B. f. d. Kgr. Sachsen, Anm. 2 zu Art. 243.

¹²⁾ Goltdammer, Materialien, Bd. II, S. 150; S. 324, Ziff. 2.

¹³⁾ a. a. O., S. 387—388.

¹⁴⁾ Schletter in Hitzigs Annalen der dtsh. u. ausländ. Criminalrechtspflege, Bd. LXIX (N. F. Bd. XXXIX), S. 212, 214.

Retorquenten regeln, indem sie nur einen oder den anderen der Gesichtspunkte, die in der Retorsionslehre zu Tage getreten waren, sich zu eigen machen.

In Gemässheit dieses Allgemeincharakters der Landesgesetzgebung soll im Folgenden zunächst von denjenigen Gesetzen die Rede sein, welche eine Kompensation überhaupt nicht kennen. Bei der auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehenden Gruppe von Gesetzen findet die Retorsion unter den Voraussetzungen der Kompensation ihren Platz.

A. Gesetzgebungen ohne Kompensation.

§ 35.

Gänzlich ablehnend verhielt sich gegen die Kompensation zunächst das Königlich Sächsische Kriminalgesetzbuch vom 30. März 1838 nebst seiner Gefolgschaft, den Gesetzbüchern von Sachsen-Weimar-Eisenach 1839, Sachsen-Altenburg 1841, Sachsen-Meiningen 1844 und Schwarzburg-Sondershausen 1845 — anders die 1855er Gesetzgebung des Königreichs Sachsen.

Keinerlei Strafaufrechnung gab es ferner nach dem Rechte Braunschweigs von 1840, nach den Gesetzbüchern des Grossherzogtums Hessen von 1841 und des Herzogtums Nassau von 1849, sowie nach dem s. g. Thüringischen Strafgesetzbuch von 1850. Während jedoch jene vorbezeichnete Gruppe von Gesetzen gar nichts über *mutuae injuriae* bestimmte, fassten Braunschweig, Hessen, Nassau und Thüringen den Retorsionsfall ins Auge und gaben ausdrücklich eine Sonderbestimmung für die Bestrafung des Retorquenten in Rücksicht auf Affekt und Provokation. Es heisst in dem Braunschweigischen Gesetzbuch (§ 200):

„Wer eine Ehrenkränkung oder Verleumdung erwidert, ist zwar nach Massgabe der in der Erwiderung liegenden Beleidigung zu bestrafen, jedoch ist die vorangegangene Reizung als Milderungsgrund und, wenn solche sehr bedeutend war, als Grund, die Sache polizeilich mit Gefängnis oder Geldbusse zu bestrafen, anzusehen“;

und ähnlich in dem Thüringischen (Art. 192⁶):

„Wird eine Ehrenverletzung erwidert, so ist die Erwiderung nicht straflos, gleichwohl die vorausgegangene Verletzung ein Strafminderungsgrund bei der nachfolgenden“.

Weiter gingen Hessen-Darmstadt und Nassau. Art. 314 des hessischen, Art. 307 des nassauischen Strafgesetzbuchs lauten übereinstimmend:

„Es ist Strafminderungsgrund, wenn der Beleidiger durch ein unbefugtes, unanständiges oder unschickliches Benehmen des Anderen gereizt wurde.

Wer auf der Stelle wiederbeleidigt, kann selbst von aller Strafe befreit werden“.

Hier bewendet es also nicht bei einem Strafminderungs- oder Milderungsgrunde, sondern es kann, sofern die Erwiderung in continenti erfolgt ist, gegebenenfalls auf volle Straffreiheit des Retorquenten erkannt werden. Darüber, ob der erste Angreifer gestraft werde, ist nichts gesagt. Häberlin scheint sich der verneinenden Ansicht zuzuneigen,¹⁾ so dass dann Hessen und Nassau nicht hierher, sondern zu den die Kompensation anerkennenden Staaten gehören würden. Aber gerade weil im Gesetz nichts über die Strafbarkeit des angreifenden Teils gesagt ist, muss unbedingt daran festgehalten werden, dass er nach dem Willen des Gesetzes, trotz der ihm widerfahrenen Retorsion, seine ihm gebührende Strafe verwirkt hat. Die Gesetzesbestimmung ist eine streng einseitige.²⁾

Alle übrigen Staaten blicken in ihren Gesetzgebungen durchweg bei Regelung des Retorsionsfalles nach beiden Seiten, dem Kompensationsgedanken grössere oder geringere Tragweite zugestehend. Hierher gehört auch Bayern, und zwar trotz gegenteiligen Anscheins schon nach Lage seiner älteren Gesetzgebung. Es kennt nämlich zwar der Codex juris Bavarici criminalis von 1751 keine Kompensation: wohl aber der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756. Den dort enthaltenen Bestimmungen hat aber das Bayrische Strafgesetzbuch von 1813 — welches über Kompensation nichts enthält — schon aus dem äusserlichen Grunde nicht derogiert, weil dasselbe die Beleidigungen dem Polizeistrafrechtsgebiet zuwies.³⁾ Polizeistrafrechtlich ist eine Abschaffung der Kompensation ebenfalls nicht erfolgt: die Kodifikation des Polizeistrafrechts ist bis 1861 nicht zu stande gekommen. — 1861 aber traten die Ehrenkränkungen wieder in den allgemeinen Kodex ein, und mit ihnen, wie unten des Genaueren zu erörtern sein wird, die Kompensation.

¹⁾ a. a. O., S. 387.

²⁾ Übereinstimmend Köstlin, Abhandlungen aus dem St.-R., S. 84, Anm. 4.

³⁾ Vgl. jedoch Art. 284 ff., 393 St.G.B. vom 6. Mai 1813.

B. Gesetzgebungen mit Kompensation.

I. Materielles Kompensationsrecht.

§ 36.

I. Wesen und Tragweite der Kompensation.

I. Ihrem gemeinrechtlichen Ursprung nach stellte die Kompensation, insoweit sie überhaupt auf Deduktionen und nicht bloss auf kahlen Quellenzitationen beruhte, im Grunde genommen nicht privilegia favorabilia für die Beteiligten, sondern gegenseitige privilegia odiosa dar. Dass beide Teile frei ausgingen, war nicht Selbstzweck, sondern nur die Wirkung. Zweck war: jeden von beiden Teilen fühlen zu lassen, dass er mit seinem Verhalten die Wohlthaten der Rechtsordnung verwirkt habe; deshalb ward ihm die Klage vorenthalten. Daher musste die gemeinrechtliche Kompensation natürlich überwiegend privatstrafrechtlichen Charakters sein.

Insoweit die partikulären deutschen Rechte die Privatstrafe aus dem gemeinen Recht übernahmen, übernahmen sie grösstenteils mit ihr die Injurienkompensation. Nicht alle: unter den im vorigen Paragraphen angeführten Gesetzgebungen befinden sich solche, welche sehr wohl wenigstens eine Art Privatstrafe kennen¹⁾ und doch auch für sie keine Aufrechnung anordnen. Es kann dies nicht Wunder nehmen; war doch selbst im gemeinen Recht streitig, welche species der Privatgenugthuung kompensabel seien.²⁾

Dagegen ist Kompensation der Privatgenugthuung bekannt dem Kurbayrischen Landrecht (Codex Maximil.) von 1756,³⁾ dem Preussischen Landrecht von 1794,⁴⁾ dem Oldenburgischen Strafgesetzbuch von 1814⁵⁾ und dem Hannöverschen Kriminalgesetzbuch von 1840;⁶⁾ dabei besteht die Privatgenugthuung inhaltlich nach jenen beiden älteren Gesetzen noch in der römischrechtlichen aestimatio und den germanischrechtlichen Nebenleistungen,⁷⁾ nach Oldenburgischem und

¹⁾ So Sachsen, Art. 202, Thüringen, Art. 194 („Privatgenugthuung“, „persönliche Genugthuung“).

²⁾ S. oben, § 33, bei Anm. 16 u. Anm. 30.

³⁾ T. IV, Kap. 17, § 17.

⁴⁾ §§ 661, 662 II, 20.

⁵⁾ Art. 411.

⁶⁾ Art. 268.

⁷⁾ Cod. Maxim., T. IV, Kap. 17, § 5; A.L.R., II, 20, §§ 584—606.

Hannöverschem Recht nur noch in Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung.⁸⁾ In Preussen ward freilich durch Kabinetsordre vom 1. Februar 1811 der Geltung der Privatgenugthuung ein frühes Ziel gesetzt.

Die Mehrzahl der Landesgesetzgebungen approbierte den Aufrechnungsgedanken auch für die öffentliche Strafe. Über den schmalen Steg, über den zuerst Weber gegangen war,⁹⁾ hielt die Kompensation ihren Einzug in das Kriminalstrafengebiet:¹⁰⁾ das privilegium odiosum der beiden Thäter ward bezogen nicht bloss auf die Befugnis zur Civilklage, sondern auch auf die Privatklage oder den Strafantrag, vermittelt dessen die Partei den Anstoss zur kriminellen Ahndung der That gab. Indessen war die legislatorische Behandlung dieser Erwägung bei den verschiedenen Staaten eine verschiedene: während die einen sie in das Gesetz hineintrugen, so dass die Kompensation nur so weit reichte, als das Antrags-, bzw. Klage-requisit, blieb sie den anderen nur gesetzgeberisches Motiv, welches in dem Gesetz selbst keinen Ausdruck fand, so dass die Kompensation mehr oder minder auch die ex officio zu verhängenden Strafen in ihren Wirkungskreis hineinzuziehen befähigt wurde. Nach ihrem Ver-

⁸⁾ Oldenburg 1814, Art. 411; Hannover, Art. 266.

⁹⁾ S. oben § 29, S. 162 bei Anm. 25.

¹⁰⁾ Vgl. den Bericht der II. Württembergischen Kammer über den Entwurf zum St.G.B. von 1839 bei Hufnagel, St.G.B. f. d. Kgr. Württemberg, Bd. II, S. 223: „Der Entwurf erkläre die retorquierte Injurie als strafbar, und die vorangegangene Injurie nur für einen Milderungsgrund, weil die öffentliche Strafe dadurch nicht aufgehoben werden könne, dass die zugefügte Beleidigung in einer Erwiderung bestehe; allein es sei doch auch zu berücksichtigen, dass die öffentliche Strafe durch die Klage des Beteiligten bedingt sei, dass dem klagenden Urheber der ersten Injurie, wie es scheine, mit Grund entgegengehalten werden könne, er könne nicht mit Bewusstsein, Recht zu haben, klagen, da er gegen den Beklagten in gleicher Schuld stehe, und dass dem klagenden Urheber der zweiten Injurie entgegenstehe, er habe durch die Erwiderung der Injurie Selbsthilfe geübt und auf richterliche Hilfe verzichtet. Wenn man aber auch diese Rücksichten durch die Behauptung entferne, dass mittels der gesetzlichen Bedingung der Klage die Injurie nicht völliges Privatdelikt werde, dass vielmehr, sobald die Bedingung eingetreten sei, die öffentliche Strafe ihre Wirkung äussern müsse; wenn man zugeben müsse oder wolle, dass eine richtige Theorie das Recht zur Retorsion verwerfe, . . . so sei doch so viel gewiss, dass diese Wirkung der Retorsion auf deutscher Sitte beruhe, dass sie von der württembergischen Praxis angenommen sei und dass sie zweckmässig sei, weil hierdurch die Gerichte mit einer Menge von Injurienhändeln verschont werden“.

halten gegenüber der Kompensation der Kriminalstrafen gruppieren sich die Gesetzgebungen, wie folgt:

1. Keine solche Kompensation kennen das ältere Bayrische Recht, das Preussische Landrecht und das Gesetzbuch Oldenburgs von 1814. Sie reihen sich insofern den in § 35 namhaft gemachten Gesetzgebungen an (abgesehen von der Privatstrafkompensation).

Der Codex Maximilianeus beschränkt sich darauf, für Fälle „reziprozischer Injurien“, insbesondere Fälle, in denen eine Retorsion nicht die Schranken eingehalten,¹¹⁾ negativ die kriminelle Kompensation abzulehnen.¹²⁾ Das A.L.R. und Oldenburg fügen hinzu, dass mit Rücksicht auf die Anreizung im Retorsionsfalle bei sofortiger Erwiderung der Retorquent mit milderer Strafe zu belegen sei, was jedoch Oldenburg noch davon abhängig macht, dass die Erwiderung in gleichem Masse erfolgt ist.¹³⁾

2. Württemberg 1839, Hannover 1840 und Sachsen 1855 und 1868 lassen Kompensation hinsichtlich der öffentlichen Strafe zu, drücken aber durch die Fassung ihrer Gesetze aus, dass die ohne Antrag strafbaren Injurien der Aufrechnung nicht unterworfen sein sollen. Württemberg formuliert: „es steht keinem Teile ein Recht auf Klage zu“ (Art. 293). Hannover: „es findet keine weitere Untersuchung statt, wenn nicht die Beschaffenheit des Falles eine von Amts wegen vorzunehmende Untersuchung nötig macht“ (Art. 268). Bei Sachsen könnte die Fassung einen einseitigen Zweifel aufkommen lassen: Art. 243 seines Gesetzbuchs gebraucht die Wendung: „die sofortige Erwiderung pp. ist straflos pp.“. Aber das Gesetz fährt fort: „Es kann jedoch in diesem Falle **auch** von dem zuerst Beleidigten nicht auf Bestrafung . . . angetragen werden“. Hieraus ergibt sich ganz von selbst als die richtige Interpretation die, dass statt „die Erwiderung ist straflos“ zu lesen ist: „gegen den Erwiderer kann von dem ersten Angreifer nicht auf Bestrafung angetragen werden“.¹⁴⁾

¹¹⁾ Über die *retorsio legitima* Bayerns s. oben § 34, Anm. 3, S. 178—179.

¹²⁾ T. IV, Kap. 17, § 18, 9 no. — Vgl. noch Bayer. Verordnung vom 22. Februar 1844, III (abgedruckt bei Stenglein, Sammlung der dtsh. Str.-Ges.-Bücher, Bd. I, Abt. 1, S. 138, Anm. 60).

¹³⁾ A.L.R., §§ 663—665 II, 20; Oldenburg 1814, Art. 411.

¹⁴⁾ Vgl. auch Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 258: „Im allgemeinen ist daran festzuhalten, dass die Retorsion ausgeschlossen ist, wenn eine der

Zweifelhaft blieb, ob durch die Kompensation nur der Antrag des Verletzten selbst, oder auch der eines neben ihm Antragsberechtigten, z. B. bei Beamtenbeleidigung der des Vorgesetzten, konsumiert werde. Es war dies streitig.¹⁵⁾

3. Die übrigen Landesgesetzgebungen drücken in ihren bezüglichen Artikeln oder Paragraphen eine Einschränkung auf die Antragsfälle nicht aus. Es sind dies die Strafgesetzbücher von Baden 1845, Preussen 1851, Waldeck 1855, Oldenburg 1858, Bayern 1861 und Hamburg 1869.¹⁶⁾ Es heisst in dem Strafgesetzbuch Badens § 312, übereinstimmend in dem Kriminalgesetzbuch Hamburgs Art. 168: die Retorsionshandlung „ist straflos“ und „hebt die Anklage wegen der vorausgegangenen Ehrenkränkung auf“. Preussen §§ 153, 188, ebenso Waldeck §§ 148, 177, Oldenburg §§ 146, 174 „ermächtigen den Richter“, zu kompensieren oder nicht zu kompensieren. Bayern sagt (Art. 263): „Sind gegenseitige Ehrenkränkungen vorgefallen, so können dieselben ganz oder teilweise für gegenseitig aufgehoben erklärt, und kann in Bezug auf beide Beteiligten oder einen derselben ein Strafausspruch unterlassen werden“. Das Fehlen einer Einschränkung auf die Antragsfälle konnte die Frage erzeugen, ob, event. inwieweit die ohne Antrag oder Klage des Verletzten verfolgbaren Thaten kompensabel seien. Das Bezirksgericht Schweinfurt verneinte dieselbe 1863.¹⁷⁾

II. Die gemeinrechtliche Theorie kannte nur zwei Möglichkeiten: entweder waren die Voraussetzungen der Kompensation gegeben; dann trat Kompensation mit Notwendigkeit ein; — oder jene waren nicht gegeben; dann trat keine Kompensation ein. Die überwiegende Zahl der partikulären Gesetzgebungen nimmt den gleichen Standpunkt ein: „Keiner von beiden Teilen kann Privatgenugthuung fordern“; der Erwidrer „ist straflos“; „es steht keinem Teile ein Recht auf Klage zu“;

konkurrierenden Beleidigungen von Amts wegen zu untersuchen ist. Das Dispositionsrecht des Privaten fällt hier weg, und hiermit auch die Möglichkeit, durch eine spätere Handlung das bereits erwachsene Klagerecht eines Anderen, die *actio publica jam nata*, wieder zu beseitigen“. A. M.: O.A.G. Dresden, in der Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. XIII, 1869, S. 353—354, Ann. N. F. VI, S. 158—160.

¹⁵⁾ Vgl. Hufnagel, a. a. O., II, S. 957—961; III, S. 212—213; Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 257; O.A.G. Dresden 1863, Ann. VI, S. 439—441, Sächs. Ger.-Ztg., X, S. 311.

¹⁶⁾ Unbeachtet bleiben hier und im Folgenden die Gesetzgebungen, die sich nur als in-complexu-Rezeptionen anderer Gesetzgebungswerke darstellen.

¹⁷⁾ Stengleins Ztschr., Bd. II, S. 404—405.

„es findet keine Untersuchung statt“ u. s. w. — so drücken sich die bezüglichen Gesetzesstellen aus. Nur nach den Gesetzgebungen Preussens 1851 (ebenso Waldecks von 1855 und Oldenburgs von 1858) und Bayerns von 1861 war die Kompensation nicht obligatorisch, sondern fakultativ: mit dem Vorliegen der Kompensabilität ist die Straffreiheit der beiden Thäter noch nicht entschieden: ob und inwieweit solche eintritt, darüber hat vielmehr der Richter zu befinden, so dass trotz Kompensabilität volle oder teilweise Bestrafung möglich ist. Ist der Richter hierbei auf sein „Ermessen“ verwiesen, so darf er doch dabei „nicht nach Willkür verfahren, sondern er muss alle Verhältnisse sorgfältig erwägen“, „das Mass der gegenseitigen Beleidigungen und die sonstigen Verhältnisse bei der Frage, ob die Strafe ganz oder in welchem Masse sie für den einen oder für beide Teile zu erlassen sei, in Betracht ziehen“, „er soll von dem Rechte der Aufrechnung einen pflichtmässigen, d. h. an einen Grundsatz gebundenen Gebrauch machen; dieser Grundsatz lautet: fordert das öffentliche Interesse Bestrafung, so ist die Aufrechnung zu unterlassen; sie ist dagegen um so mehr begründet, je mehr der blosse private Charakter der Verletzung in den Vordergrund tritt“.¹⁸⁾

III. Eine neue Erscheinung war ferner die partielle Kompensation. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hatte, von den oben § 31 bei Anm. 2, § 33 IV erwähnten Ausnahmen abgesehen, nur volle Aufrechnung der wechselseitigen Injurien gekannt: Stimmen die beiden Injurien im Sinne der Kompensationslehre (an Grösse u. s. w.) zu einander, dann sind beide Injurianten ledig zu sprechen; stimmen sie nicht, so trifft beide Injurianten die Privat- und Kriminalstrafe ohne Rücksicht auf die Mutualität der Thaten. Partikuläre Rechte dagegen verwirklichten den den »compensatio« zu Grunde liegenden Gedanken der „Abwägung“ in vollem Umfange. Ergiebt das Rechenexempel, das ja schon das gemeine Recht zur Ermittlung der »paritas« vornahm, eine disparitas, so begnügt sich das moderne Partikularrecht nicht damit, ermittelt zu haben, dass volle Kompensation nicht möglich ist, sondern es subtrahiert die kleinere Injurie von der grösseren und straft denjenigen, zu dessen Ungunsten ein Rest bleibt,

¹⁸⁾ Goltdammer, Materialien, Bd. II, S. 324; Berner, im Ger.-Saal, Bd. XIX, S. 45; Hälschner, Preuss. Strafr., Bd. III, S. 147; Weis, Strafges.-B. f. Bayern erläut., Bd. II, S. 107; Bayer. Kassationshof 1868 (Stengleins Ztschr., Bd. VIII, S. 41).

während der Gegner frei ausgeht. Oder noch mehr: zeigt das Rechenexempel, dass die Injurien Bestandteile in sich schliessen, die pares sind, so werden diese Bestandteile herausgenommen und kompensiert, und die Thaten beider Teile im übrigen der Strafe überliefert.

Die Frage nach teilweiser Kompensabilität trat speziell hervor für den Fall, dass bei Erwiderung einer Injurie auf einer oder der anderen Seite ein Übermass sich fand, dass also der Retorquent unter dem Masse geblieben oder über dasselbe hinausgegangen war.

Den Retorquenten, der unter dem Masse geblieben war, behandelten Württemberg 1839, Hannover 1840 und Sachsen 1855/1868 im Sinne des Retorsionsrechts: Hat ein Beleidigter „zu dem Mittel der Selbsthilfe gegriffen und nicht das volle Mass der Talion angewendet, so ist kein Grund vorhanden, ihm den Weg zum Richter wieder zu eröffnen. Er hat auf richterliche Hilfe verzichtet und dadurch, dass er kein höheres Mass bei der Wiedervergeltung angewendet hat, zu erkennen gegeben, dass ihm das geringere zu seiner Genugthuung hinreichend sei“. Partielle Kompensation wird sonach abgelehnt, der Überschuss, der sich zu Gunsten des Erwiderers vorfindet, kommt diesem nicht zu Gute.¹⁹⁾ Dagegen ordnete Baden 1845 § 312 an: „Eine Ehrenkränkung, welche als Erwiderung . . . in nicht bedeutend höherem Masse erfolgt, ist straflos; ist die Erwiderung in nicht geringerem Masse erfolgt, so hebt sie die Anklage wegen der vorausgegangenen Ehrenkränkung auf“. Ist also der Erwidernde unter dem Masse geblieben, so ist ihm „das Recht gegeben, wegen des erlittenen Mehr eine Klage anzustellen“; seine Klage ist nicht aufgehoben, es muss jedoch „dem ersten Beleidiger die durch die Retorsion empfangene Kränkung auf seine Strafe angerechnet und diese selbst geringer ausgemessen werden, als wenn keine Erwiderung erfolgt wäre“. ²⁰⁾ Der Erwidernde selbst bleibt nach dem ersten Absatz des § 312 straflos. Es zeigt sich hier deutlich die teilweise Aufrechnung. Genau wie das Badische auch das Hamburgische Gesetzbuch (Art. 168).

¹⁹⁾ Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 226; Leonhardt, Kommentar über d. Krim.-G.-B. f. d. Kgr. Hannover, Bd. II, S. 287, Anm. 12; Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 262; O.A.G. Dresden, das., II. Jahrg., 1858, S. 102.

²⁰⁾ Puchelt, St.G.B. f. Baden, mit Erläuterungen, Bem. 6 zu § 312, S. 459 bis 460; Bem. 1 zu § 312, S. 457; Thilo, St.G.B. f. Baden, mit Motiven etc. dargest., Bem. 1, Abs. 4 zu § 312; Häberlin, a. a. O., Bd. III, S. 388.

Anders gruppieren sich die partikulären Rechte, insoweit es sich um den umgekehrten Fall (über das Mass hinausgehende Erwiderung) handelt. Meist wird dem ersten Angreifer gegen den Erwiderer eine Klage wegen des Exzesses, wegen Überschreitung des Masses, zugestanden²¹⁾, also partiell kompensiert. Nur Sachsen lehnt diese Behandlung der Sache ab und wahrt auch hier den reinen Retorsionsstandpunkt. Retorquent kann nicht klagen, denn er hat Selbsthilfe geübt; der erste Angreifer ist also straflos; die Erwiderung dagegen bleibt ganz, nicht bloss hinsichtlich des plus, strafbar: „es giebt keine teilweise Retorsion. Der Strafausschliessungsgrund lässt sich nicht in einzelne Teile, gleichsam Portionen, auflösen. Die Erwiderung, welche erheblich übersteigt, fällt überhaupt nicht unter den Begriff der Retorsion . . . Das Gesetz kennt den Fall der Denunziation wegen eines solchen Überschusses nicht, es erwähnt ihn schlechterdings nicht“. Nur ist bei der Strafabmessung Rücksicht darauf zu nehmen, dass Retorquent zu seinem Thun gereizt worden ist²²⁾.

Über die beiden vorentwickelten speziellen Fälle hinausgehend bestimmten Preussen 1851, §§ 153, 188, (übereinstimmend Waldeck 1855 und Oldenburg 1858), sowie Bayern 1861, Art. 263 ganz allgemein: bei Vorliegen der Kompensationsvoraussetzungen solle „der Richter ermächtigt sein, für beide Teile oder für einen derselben eine der Art oder dem Masse nach mildere Strafe oder gar keine Strafe eintreten zu lassen“; die Ehrenkränkungen könnten „ganz oder teilweise für gegenseitig aufgehoben erklärt“, es könne „in Bezug auf Beide oder Einen derselben ein Strafausspruch unterlassen werden“. Bemerkenswert ist freilich, dass nach Goltdammer der preussische § 153 (und § 188) in seiner gesetzlichen Gestalt eigentlich nur auf einem Versehen beruht. Aus der Entstehungsgeschichte des Preussischen St.G.B., sagt Goltdammer, „ergiebt sich, dass der § 153 mit dem jetzigen System des Strafgesetzbuchs nicht im Einklang steht. Er

²¹⁾ Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 226; Leonhardt, a. a. O., Bd. II, S. 287, Anm. 12; Puchelt, a. a. O., Bem. 1 zu § 312, S. 457; Thilo, a. a. O., Bem. 1, Abs. 4 zu § 312; Bayer. O.A.G. 1857, Bl. f. R.-Anwendg., Bd. XXII, S. 377, Ziff. 4, 5; Häberlin, a. a. O., Bd. III, S. 388; v. Jagemann-Brauer, Kriminallexikon, v. „Compensation“.

²²⁾ Krug, a. a. O., Bem. 3 zu Art. 243; O.A.G. Dresden 1861, Annalen dess., Bd. III, S. 442—443; Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. V, S. 407; Stengleins Zeitschr., Bd. I, S. 28; Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg. VII, S. 264.

gründet sich auf die Voraussetzung, dass die Realinjurie als solche in dem System bleibe; nur in Bezug auf sie nahm man an, dass eine volle Kompensation nicht als die Regel ausgesprochen werden könne, weil Real- und Verbalinjurien niemals zu kompensieren seien. In Bezug auf die Verbal- und symbolischen Injurien dagegen nahm man . . . das Prinzip der vollen Kompensation allerdings an. In diesem Sinne wurde auch über die Vorschrift im vereinigten ständischen Ausschuss verhandelt und ihre Fassung aus diesen Gründen von der Regierung verteidigt. Der § 188 überträgt das Prinzip nunmehr wörtlich auf die leichten Misshandlungen.“²³⁾ Immerhin ist dieser ursprüngliche Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gelangt. Dieses erkennt vielmehr die teilweise Aufrechenbarkeit ohne Einschränkung an. Ebenso Bayern.

IV. An der Hand des Vorausgeführten lässt sich nun auch der genauere Nachweis für unsere oben ausgesprochene Behauptung erbringen, dass von einer Retorsionsberechtigung nach Partikularrecht nicht die Rede sein kann. Von vorn herein ist dies klar in Hinsicht auf die Gesetzgebungen, welche überhaupt keine Kompensation, oder doch nur eine solche der Privatgenugthuung zulassen: Die öffentliche Strafe, die der Retorquent hier erleidet, spricht deutlich genug aus, dass sein Thun unerlaubt war. Desgleichen kann für Preussen 1851 (ebenso Waldeck 1855 und Oldenburg 1858) und Bayern 1861 ein Zweifel nicht aufkommen, weil hier die Kompensation in das Ermessen des Gerichts gelegt ist: schon eine solchergestalt bedingte Strafdrohung setzt die Rechtswidrigkeit der Handlung voraus. Württemberg 1839, Hannover 1840 und Sachsen 1855/68 konstruieren die Kompensation als wechselseitige Klage- (Antrags-) Aufhebung²⁴⁾. Baden 1845 und Hamburg 1869 sichern dem Retorquenten Straflosigkeit zu. Also nirgends ein *jus retorquendi*.

V. Im Wesentlichen erst eine Errungenschaft der neusten Zeit ist die scharfe Scheidung derjenigen Umstände, welche auf den Strafanspruch Einfluss üben, von denen, welche rein prozessuale Wirkung haben. Es kann deshalb nicht Wunder nehmen, wenn die gemeinrechtliche Wissenschaft auch in Ansehung der Kompensation ununtersucht liess, ob deren Wirkungen auf materiellrechtlichem oder formalrechtlichem Gebiete lägen, vielmehr nur auf die Thatsache,

²³⁾ Goltdammer, Mater., II, S. 323—324.

²⁴⁾ S. oben I, 2.

dass keine Strafe eintrat, Gewicht gelegt wurde. Auch die Gesetzgebung der Territorien ging auf jene feine Distinktion noch nicht ein. Die Formulierung der betr. Gesetzesbestimmungen ist meist eine prozessuale: „es steht keinem Teile ein Recht auf Klage zu, es findet keine Untersuchung statt, der Richter kann . . . erklären;“ indessen ist dies unmassgeblich, weil die Absicht einer scharfen Gegensätzlichkeit gegen die materiellrechtliche Funktion der Kompensation fehlt. Charakteristisch ist namentlich die Ausdrucksweise der Gesetze Badens 1845 und Hamburgs 1869: Die Retorsionshandlung „ist straflos“ und „hebt die Anklage wegen der vorausgegangenen Ehrenkränkung auf“. Darnach würde die Kompensation für den Erwidrer materiellstrafrechtliche, für den ersten Angreifer strafprozessuale Wirkung haben. Solche Ungleichheit ist aber in Wahrheit nicht beabsichtigt, eben weil dem Unterschiede keine Aufmerksamkeit gezollt wird. Die in der Formulierung zu bemerkenden Unterschiede sind daher nur ein Spiel des Zufalls. Von Darstellung derselben kann somit füglich hier abgesehen werden.

2. Voraussetzungen der Kompensation.

§ 37.

a) Wechselseitige Beleidigungen oder Körperverletzungen.

I. Aus der gemeinrechtlichen Injurienlehre hervorgewachsen, bezog sich auch die moderne partikularrechtliche Kompensation zunächst überall auf die wörtlichen und symbolischen Beleidigungen oder Ehrenkränkungen.¹⁾ Die Verleumdung und falsche Beschuldigung waren gewöhnlich ausgeschlossen; so Sachsen, Baden, Bayern;²⁾ doch liess Baden bei Fahrlässigkeit Kompensation zu.³⁾ Hamburg erstreckte die Kompensation auf die mit einer Beleidigung erwiderte Verleumdung.⁴⁾ Für das preussische Recht bildete die

¹⁾ Vgl. Codex Maximilian., T. IV, Kap. 17, § 17; Preuss. A.L.R. II, 20, § 661; Württemberg 1839, Art. 293; Hannover 1840, Art. 268; Baden 1845, § 312; Preussen 1851, §§ 153, 343, Abs. 4; Sachsen 1855, Art. 243; Hamburg 1869, Art. 168.

²⁾ Vgl. v. Jagemann-Brauer, Kriminallex., „Compensation“; Krug, Anm. 5 zu Art. 243 des Sächs. G.B.; O.A.G. Dresden, Anm., Bd. III, S. 376; Sächs. Ger.-Ztg. V, S. 397; VI, S. 311; Schwarze, in Sächs. Ger.-Ztg. VII, S. 255; Puchelt, a. a. O., S. 459.

³⁾ Puchelt, a. a. O., Bem. 2 zu § 312, S. 459.

⁴⁾ Art. 168: „Eine Beleidigung, welche als Erwiderung auf eine vorausgegangene Beleidigung oder Verleumdung . . . erfolgt . . .“

Kompensabilität von Verleumdungen eine Streitfrage.⁵⁾ Ein lebhafter Streit drehte sich auch um die Kompensabilität der den blossen Privatbeleidigungen gegenüberstehenden Majestäts-, Amtsbeleidigungen u. s. w. Massgebend für die Entscheidung waren teilweise die Offizialdeliktsqualität, hauptsächlich aber das Wesen dieser Thatbestände, welche bald als Unterarten der Beleidigung, bald als „Vergehen gegen die öffentliche Ordnung“, hier als Beleidigungen der Menschen in Bezug auf ihr Amt u. s. w., dort als Verletzungen des Amts selbst gefasst waren. Je nach Verschiedenheit der Auffassung fiel die Antwort auf die Frage nach der Kompensabilität verschieden aus.⁶⁾

Realinjurien waren nach der auf den Codex Maximilianeus bezüglichen bayrischen Judikatur regelmässig nicht kompensabel.⁷⁾ Später galt das Umgekehrte für die Partikularrechte.⁸⁾ In Baden speziell hatte der Strafgesetzbuchsentwurf die Kompensation auf diejenigen Ehrenkränkungen beschränken wollen, welche ohne körperliche Misshandlung verübt werden. Die Kommission fand jedoch dafür keinen ausreichenden Grund, „da die Ehrenkränkungen, ohne Unterschied zwischen wörtlichen und thätlichen, keine öffentlichen Verbrechen sind, und im Kreise des Privatrechts die Kompensation allgemein statt hat, da es ferner eine der menschlichen Natur widerstrebende Zumutung wäre, dass der thätlich Angegriffene sich ganz ruhig verhalte und mit der ganz unsicheren Aussicht auf dereinstige, mittels einer öffentlichen Klage zu erwirkende Genugthuung vertröste, da endlich auch die mit Thätlich-

⁵⁾ Verneinend Goltdammer, Mater., II, S. 324, Ziff. 4. Bejahend O.-Trib., Goltd. Arch., XV, S. 138; XIX, S. 137; Strieth. Arch., Bd. LXVII, S. 355; Stengleins Zeitschr., Bd. X, S. 255; Hahn, Str.G.B. f. d. Preuss. Staaten, zu § 153, Bem. 431.

⁶⁾ Vgl. Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 957—961; III, S. 212—213; Leonhardt, in v. Bothmers Erörterungen und Abhandlungen aus dem Gebiete des Hannöv. Krim.-R., Bd. I, S. 240; Puchelt, a. a. O., Bem. 3 zu § 312, S. 459; Goltdammer, Mater., Bd. II, S. 164—165; Preuss. O.-Trib., Goltd. Arch., I, S. 569; III, S. 839; VIII, S. 113; Temmes Archiv, Bd. IV, S. 84; V, S. 125; Temme, in seinem Archiv, Bd. IV, S. 84; V, S. 125, Anm. 1; Hahn, Str.G.B. f. d. Preuss. St., zu § 153, Anm. 431; Marcinowski, in Goltd. Arch., Bd. XIII, S. 247—248; Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 257; Weis, a. a. O., Bd. II, S. 107; Entscheidungen verschiedener bayer. Gerichte, in Stengl. Zeitschr., Bd. II, S. 404—405; IV, S. 298 = S. 317; S. 363—364; Bayr. Zeitschr. f. Ges.-Gebg. u. R.-Pflege, Bd. XII, Abt. f. Strafr., S. 380; Schletters Jahrbücher, Bd. XII, S. 33, No. 37; Köstlin, a. a. O., S. 110—111.

⁷⁾ Der Codex spricht von „geringen Injurien“; als solche liess der Oberste Gerichtshof für Bayern Realinjurien nicht gelten (Blätter für Rechtsanw., Bd. VII, S. 314—315).

⁸⁾ Vgl. Häberlin, a. a. O., III, S. 387; Schwarze, Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 256.

keiten verbundenen Injurien auf dem Wege der Retorsion schneller und für beide Teile vorteilhafter abgethan werden, als durch langwierige, Zeit und Kosten raubende Injurienprozesse, wodurch die Erbitterung längere Zeit genährt und oft noch gesteigert, auch neue Beleidigungen erzeugt werden.“ Demgemäss strich die Kammer den einschränkenden Zusatz. Dabei blieb es, so dass § 312 des Gesetzbuchs auch Thätlichkeiten ergreift.⁹⁾

Mehr und mehr hatte inzwischen die Wissenschaft den Begriff der „Körperverletzung“ oder „Misshandlung“ als eines *delictum sui generis* herausgearbeitet; die Partikulargesetzgebung verwertete denselben mehr oder minder. Da das neue Delikt zum Teil die Realinjurie aufsog, so kam nunmehr auch die Aufrechenbarkeit der Körperverletzungen in Frage. Überwiegend verhielt sich die Territorialgesetzgebung gegen dieselbe ablehnend; so noch Hamburg 1869.¹⁰⁾ Geteilt waren in Württemberg die Meinungen über die Tragweite des Art. 293 des Gesetzbuchs von 1839. Der Art. 261 dieses Gesetzbuchs verordnet:

„Ist durch die Körperverletzung weder ein bleibender Schaden gestiftet, noch überhaupt Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursacht worden, so kommen die in Art. 284 auf Thätlichkeiten gesetzten Strafen zur Anwendung“.

Hepp nahm diese Vorschrift ganz strikt: nur in Ansehung der „Strafen“ des Art. 284 sei hier Gleichstellung bestimmt, nicht auch für die Kompensation.¹¹⁾ Dagegen deduzierten Hufnagel und das Württembergische Obertribunal: „Da Art. 293 allgemein gefasst ist, daher nicht nur für die wörtlichen, sondern auch für die Realinjurien gilt, so ist keinem Zweifel unterworfen, dass er auch für diejenigen Körperverletzungen gelte, welche den Realinjurien in der Strafe gleichgestellt sind . . . Es folgt dies aus der Hinweisung im Absatz 1 des Art. 261 auf Art. 284, für welchen auch der Art. 293 gilt. Auch wäre die Absicht des Art. 293, die Gerichte mit geringfügigen Injurienhändeln zu verschonen, nicht zu erreichen, wenn so lange noch untersucht werden müsste, bis das feine subjektive Merkmal, ob *animus injuriandi* oder *laedendi* die nächste Absicht gewesen, durch die Untersuchung erhoben worden wäre“.¹²⁾ — *Expressis verbis* ward *durch die

⁹⁾ Puchelt, a. a. O., S. 457—458; Thilo, a. a. O., Bem. 1 u. 2 zu § 312.

¹⁰⁾ Vgl. Art. 133, Abs. 2.

¹¹⁾ Kommentar über das neue Württemberg. St.G.B., Bd. III, S. 411—412.

¹²⁾ Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 126—127, 225.

Preussische Gesetzgebung von 1851 die Aufrechnung auf Körperverletzungen erstreckt (§ 188); doch blieben von derselben ausgeschlossen die Fälle der ausgezeichneten Körperverletzung: Körperverletzung mit Überlegung; gegen leibliche Eltern oder Grosseltern u. s. w.¹³⁾

Die Bedrohung war, wiewohl mit der Beleidigung in gewissem Grade verwandt, nicht kompensabel; keines der Gesetze erwähnt sie.¹⁴⁾

II. Da nur „Beleidigungen“ (bezw. „Körperverletzungen“), also jedenfalls strafbare Handlungen sich zur Aufrechnung eignen, so ist klar, dass ein äusserlich betrachtet injuriöses Thun, das aber dem Recht gemäss ist, gegen eine Injurie nicht kompensiert werden kann.¹⁵⁾

Die weitere Frage, ob auch solche Thaten in Anschlag gebracht werden, die von einem Zurechnungsunfähigen begangen worden sind, wird von dem Sächsischen Oberappellationsgericht in Anwendung auf Kinder bejaht mit der Motivierung, dass Beleidigungen von Seiten solcher Personen, welche das Alter strafrechtlicher Zurechnung noch nicht erreicht haben, ja freilich einer Bestrafung nicht unterlägen, aber doch immerhin unerlaubte und rügenswerte Handlungen seien.¹⁶⁾

III. Die Kompensation ergreift mit ihren Wirkungen die strafbaren Handlungen nur insoweit, als sie den Thatbestand eines der kompensablen Delikte erfüllen. Insoweit die That noch unter ein anderes Strafgesetz fällt, z. B. wenn Beleidigung und Bedrohung ideell konkurrieren, kann nicht kompensiert werden.¹⁷⁾

IV. Über die Statthaftigkeit einer Aufrechnung mit verjährten Thaten differieren die Ansichten. Das Bezirksgericht Passau und das O.A.G. Dresden lassen verjährte Beleidigungen zur Kompensation nicht zu.¹⁸⁾ Der entgegengesetzten Auffassung folgen verschiedene Erkenntnisse des Bayerischen Kassationshofes mit der Einschränkung,

¹³⁾ Temme, Glossen zum Preuss. St.G.B., S. 248; O.-Trib., Goldt. Arch., Bd. XII, S. 554; XIX, S. 59; Oppenhoff, Rechtspr., IV, S. 564; Berner, im Ger.-Saal, Jahrg. XIX, S. 44; Hahn, a. a. O., zu § 188, Anm. 505; Hälschner, Preuss. Str.-R., Bd. III, S. 147.

¹⁴⁾ Vgl. O.A.G. Dresden, Annalen, VIII, S. 112—113; Sächs. Ger.-Ztg., VIII, S. 321.

¹⁵⁾ O.A.G. Dresden, in Sächs. Ger.-Ztg., VIII, S. 320—321; Schletters Jahrbücher, Bd. X, S. 218, No. 130.

¹⁶⁾ Annalen, VI, S. 440—441; Stengleins Zeitschr., III, S. 36.

¹⁷⁾ O.A.G. Dresden, Sächs. Ger.-Ztg., VIII, S. 321.

¹⁸⁾ Stengleins Zeitschr., Bd. II, S. 48; Sächs. Ger.-Ztg., IV, S. 41.

dass nur nicht die erste That zu der Zeit bereits verjährt gewesen sein darf, als die zweite verübt wurde.¹⁹⁾

V. Die beiderseitigen Thaten müssen gegenseitige sein, sich inter easdem personas ereignet haben. Jede der beiden Parteien muss Thäter und Verletzter zugleich sein. Es ist ein „Hauptgrundsatz der strafrechtlichen Kompensation, dass nur der Thäter und der Verletzte dabei konkurrieren, ein ausserhalb dieses Personenkreises herangezogenes Ereigniss also, mag es die Parteien auch noch so nahe berühren, nicht herangezogen werden darf.“²⁰⁾ An strikter Handhabung dieses Satzes hielt aber namentlich die Praxis nicht fest. Eine Ausnahme bedeutet zwar noch nicht die Anwendung der Kompensation auf *injuriae mediatae*;²¹⁾ denn auch der nur mittelbar Beleidigte ist ja eben „Beleidigter“. Wohl aber gelangte man zu Ausnahmen einmal durch (sehr verfehlte!) Übertragung civilrechtlicher Bestimmungen, wie z. B. der §§ 336, 337 I 16 des Preuss. A.L.R.²²⁾ auf unsere Kompensation, indem man insbesondere Injurien eines Ehegatten gegen einen Dritten mit solchen des Dritten gegen den anderen Ehegatten für aufrechenbar erklärte;²³⁾ und noch weitergehend konstruierte man ein Vertretungsrecht, wonach Kompensation auch dann statthaben solle, wenn für den Beleidigten (körperlich Verletzten) ein Dritter als Schützer und Vertreter den Angreifer gegenbeleidigt (körperlich verletzt) habe — eine Auffassung, die ihrem Ursprung nach auf die noch immer nicht überwundene Vorstellung eines *jus retorquendi* zurückweist. So findet

¹⁹⁾ Stengleins Ztschr., Bd. VIII, S. 41—42; IX, S. 166—167; S. 364 (nicht zutreffend sind die Überschriften dieser beiden letztgenannten Entscheidungen in Stengleins Zeitschr. formuliert; ihrem Anhalt nach decken sich die letzteren mit der in Bd. VIII abgedruckten).

²⁰⁾ Marcinowski, a. a. O., S. 254; Hahn, a. a. O., zu § 153, Anm. 431; vgl. O.A.G. Dresden, 1863, Ann., Bd. VII, S. 23.

²¹⁾ Vgl. Urteil des Bayr. Kass.-Hofes von 1863, Zeitschr. f. Ges.-Gebg. u. R.-Pflege des Kgr. Bayern, Bd. X, S. 1025, Schletters Jahrbücher, Bd. X, S. 218, No. 128; von 1865, Stengleins Zeitschr., Bd. IV, S. 227—228; Bayr. Zeitschr. f. Ges.-Gebg. u. R.-Pflege, Bd. XII, Abt. f. Strafr., S. 241. — S. dagegen O.A.G. Dresden 1861, Sächs. Ger.-Ztg. 1861, S. 439, Schletters Jahrbücher, Bd. VIII, S. 129, No. 32.

²²⁾ „Der Ehemann, welcher seine eigenen oder Forderungen der Ehefrau einklagt, muss sich die Schulden der letzteren insofern anrechnen lassen, als er dieselben anzuerkennen nach den Gesetzen verpflichtet ist; auch ist er gegen die Schulden der Ehefrau seine eigenen Forderungen zu kompensieren berechtigt.“

²³⁾ Glück, in den Blätt. f. R.-Anwend., Bd. III, S. 402; Krug, a. a. O., Anm. 6 zu Art. 243; O.A.G. von Bayern, 1857, Blätt. f. R.-Anwendg., Bd. XXIII, S. 15, Schletters Jahrbücher, Bd. V, S. 362, No. 96.

das O.A.G. Dresden in einem Erkenntnis von 1860²⁴⁾ keine Bedenken gegen Anwendung der Kompensation auf einen Fall, in dem der Angeklagte dagegen retorquierte hatte, dass der Privatankläger seine (des Angeklagten) Ehefrau und ein unter deren Schutz befohlenes Mädchen geschmäht und behelligt hatte. Bei dieser Sachlage, meint das Gericht, „kann es keinem Zweifel unterliegen, dass dem Angeklagten nicht bloss die Berechtigung zustand, sondern auch die moralische Verpflichtung oblag, die seiner Obhut anvertrauten Frauen vor den Schmähungen und Behelligungen des Privatanklägers, der sich im Zustande der Trunkenheit befand und immer frecher wurde, zu schützen, und zwar um so mehr selbst zu schützen, als es an einer wirksamen gesetzlichen Hilfe ermangelte“. Hierher kann ferner ein Erkenntnis des Preussischen Obertribunals von 1862²⁵⁾ gestellt werden, wiewohl in dessen Gründe auch der Gedanke an mittelbare Verletzung hineinspielt. A hatte dem kleinen Knaben des B dafür Schläge gegeben, dass dieser Knabe sein, des A, kleines Töchterchen gemisshandelt hatte. Die Erkenntnisgründe gestatten Kompensation mit der Begründung, der Vater sei in seinem Kinde mit beleidigt, sein Gefühl notwendig mit verletzt, wenn in seiner Gegenwart seinem schutzbedürftigen Kinde eine Misshandlung zugefügt werde.²⁶⁾ Ganz besonders aber gelangt Schwarze²⁷⁾ durch Zulassung eines Quiproquo zu einer sehr weitgehenden Lockerung des Prinzips der Personenidentität. Die Intervention eines Dritten ist zwar auch nach ihm der Regel nach nur die Einmischung in den Streit zweier fremden Personen. Dennoch, fährt er fort, „lassen sich auch Fälle denken, wo die Intervention eines Dritten den Regeln über die Retorsion mit unterliegt. Man nehme folgenden Fall aus der Praxis: Die A, die Ehefrau des B, wird in Gegenwart des B von dem C thätlich beleidigt, und B vergilt die Beleidigung mit einem Schlage gegen den C. Der Ehemann B war der mittelbar Beleidigte und verliert durch den Schlag das Recht zur

²⁴⁾ Annalen, Bd. I, S. 519—521; Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. IV, S. 121.

²⁵⁾ Goltdammers Arch., Bd. X, S. 845.

²⁶⁾ Dies Erkenntnis wird bekämpft von Marcinowski, a. a. O., S. 257—258, der indess das Obertribunal dahin missversteht, als gelange dasselbe unmittelbar auf Grund der §§ 177, 196 St.G.B. zur Straffreiheit, während das Gericht diese Paragraphen nur zum Nachweise dessen anführt, dass das Gesetz gegen Denjenigen Milde walten lassen wolle, der durch Misshandlung oder Beleidigung gegen seine Angehörigen in Affekt versetzt worden sei.

²⁷⁾ in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 254—255.

Denunziation gegen den C, während die A diese Befugnis nicht verliert. Dessen ungeachtet ist nicht zu verkennen, dass hier das Auftreten des Ehemannes für seine gegenwärtige Ehefrau den Charakter einer Defension der letzteren annimmt und der Ehemann hier seine Ehefrau vollständig vertritt, so dass wohl die Folgerung nicht unbeachtlich ist, dass in solchem Falle auch die Ehefrau ihr Klagrecht verliert. Auch sonst können wohl Fälle vorkommen, in denen diese Gegenüberstellung des Injurianten und des Injuriaten nicht streng durchgeführt werden kann. Wir wählen wiederum einen Fall aus der Praxis: A hatte eine Mehrzahl von Schulkindern, die vor seinem Hause Unfug getrieben, geschimpft. Der grössere Teil der Schulkinder hatte die Schimpfreden in starken Ausdrücken erwidert. Der Vater mehrerer dieser Kinder denunzierte gegen A, und dieser schützte *exceptio retorsionis* vor, wogegen der Vater geltend machte, dass zur Zeit nicht bewiesen sei, dass seine Kinder sich unter denen befunden, welche Schimpfreden erwidert hätten. Es würde hier zu eigentümlichen Unterscheidungen gekommen sein, wenn man einen solchen Beweis hätte nachlassen wollen. Der Vorfall war als ein Ganzes, als ein Akt aufzufassen, und ebenso waren die Kinder als eine Gesamtheit zu behandeln, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob einzelne sich an den Schimpfereien beteiligt hatten oder nicht. Wie A die gesamten Kinder geschimpft hatte, so handelte auch jedes Kind mit dem Gegenschimpfe in Vertretung seiner Genossen, welche versammelt blieben und die Vergeltung der Injurie denjenigen ihrer Kameraden überliessen, welche durch Keckheit etc. sich auszeichneten.“

VI. Das zu V. Gesagte giebt auch für die Entscheidung des Falles die Direktive, dass auf der einen Seite eine Personenmehrheit insofern obwaltet, als neben dem Beleidiger bzw. Beleidigten noch ein Mitbeleidiger oder Mitbeleidigter vorhanden ist, welcher nur beleidigt hat bzw. nur beleidigt worden ist, nicht Thäter und Verletzter gleichzeitig ist. Grundsätzlich ist bezüglich dieses Dritten Kompensation mangels eines Gegenseitigkeitskonnexes unmöglich. Hat Jemand mehrere Personen beleidigt, und hat nur eine derselben erwidert, so ist der Erstere wegen Beleidigung derer, die stillgeschwiegen, zu strafen,²⁸⁾ es müsste denn sein, dass dies Resultat wegen Annahme einer Vertretung

²⁸⁾ O.A.G. Dresden, Ann., Bd. IV, S. 65; Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. V, S. 439.

eine Modifikation erfährt. Der Bayerische Oberste Gerichtshof machte sich in einer Plenarentscheidung 1865 dahin schlüssig: der Richter habe zu prüfen, „ob der Beleidiger in der ihm gewordenen Erwiderung oder Gegenkränkung nicht bereits eine so vollkräftige und selbst überwiegende Repression seines Ausfalls gefunden habe, dass auch der Mitbeleidigte hierin als eine auch ihm zu gute kommende Wiedervergeltung seine volle Genugthuung zu finden vermöge“.²⁹⁾

Eine Personenmehrheit auf der Passivseite liegt auch dann vor, wenn neben dem unmittelbar Getroffenen noch ein mittelbar Verletzter vorhanden ist. Folgerecht muss die gegen Ersteren verübte Injurie durch eine von dem mittelbar Beleidigten vorgenommene Gegenbeleidigung unberührt bleiben.³⁰⁾ Aber auch umgekehrt müsste der von dem unmittelbar Injurierten ausgegangenen Gegenbeleidigung ein Einfluss auf die Bestrafung des Thäters wegen der injuria mediata versagt werden. Jedoch stellte sich 1863 das Sächsische Oberappellationsgericht auf den entgegengesetzten Standpunkt: Art. 243 des Sächsischen Gesetzbuchs sichere dem Beleidiger im allgemeinen Straflosigkeit zu, durch ihn sei das Strafgesetz ein für alle Mal ausser Wirksamkeit gesetzt; es liege eine Beleidigung gar nicht mehr vor,³¹⁾ infolge dessen könne der mittelbar Beleidigte nicht noch einen Strafantrag stellen.³²⁾

VII. Der Ausgangsfall, an den bei Kompensation zunächst gedacht wird, ist der, dass auf jeder Seite eine That vorliegt. Es kann sich fragen, ob diese Einheit hüben und drüben ganz streng festzuhalten ist, oder ob Kompensation zwischen einer That einerseits und mehreren Gegenthaten andererseits denkbar ist. Unter der Herrschaft der alten Retorsionslehre galt der Satz: *Retorsio retorsionis non datur*: erwiderte der erste Angreifer auf die Retorsion injuriös, so war dies eine *nova injuria*. Die eigentliche Kompensationstheorie des gemeinen Rechts befasste sich mit der Prüfung der Frage nicht, ob die Zahl der Injurien beider Teile gleich sein müsse. Für das sächsische Strafrecht von 1855 stellte sich das Dresdener Oberappellationsgericht 1863 auf den strengen Standpunkt, wonach die Retorsionsretorsion nicht mit

²⁹⁾ Stengleins Zeitschr., Bd. IV, S. 263; Bayr. Zeitschr. f. Ges.-Gebg. u. R.-Pflege, Bd. XII, Abt. f. Strafr., S. 218—219.

³⁰⁾ So Entscheidg. des Appellationsgerichts von Oberfranken, 1870, Stengleins Zeitschr., Bd. IX, S. 367.

³¹⁾ Ganz wie seinerzeit Harpprecht die Klagezerstörlichkeitstheorie mit der Erwägung zu begründen unternahm, dass die injuria retorsione sublata sei.

³²⁾ Annalen, Bd. VI, S. 283.

kompensabel ist.³³⁾ Die überwiegende Ansicht, die auch in Entscheidungen desselben Gerichts von 1865 und 1866 zum Ausdruck kommt, nahm aber gegenteilig an, dass kein Hindernis obwalte, zwei oder mehr Injurien gegen eine aufzurechnen, dass eine Trennung und Abzählung der einzelnen Thaten unzulässig sei.³⁴⁾ Doch beschränkte die sächsische Jurisprudenz für das sächsische Recht, (welches nur im Retorsionsfalle Kompensation eintreten lässt,) dies auf den Fall, dass es sich um eine zusammenhängende Reihe von Thaten, einen ununterbrochenen Wortwechsel, eine gegenseitige Prügelei dergestalt handelt, dass die verschiedenen Akte als ein einheitliches Ganze zusammenzufassen sind.³⁵⁾

VIII. Standesgleichheit zwischen den Parteien wird, wie zu erwarten, partikularrechtlich zur Anwendung der Kompensation nicht erfordert. Die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten sind belanglos.³⁶⁾

IX. Ob zur Kompensation Gleichartigkeit der beiden Thaten zu erfordern, war nach dem Stande der gemeinrechtlichen Wissenschaft ungewiss geblieben.³⁷⁾ Die partikularen Gesetze stellten ein derartiges Requisit nicht auf (abweichend nur § 662 II, 20 A.L.R.^{37a)}). Zwar meinte Marcinowski,³⁸⁾ es müsse Hauptprinzip der strafrechtlichen Kompensation sein, dass nur solche Delikte, welche auf demselben Strafgrunde basierten, nur Delikte gleicher Art, zur Aufrechnung geeignet seien. Umgekehrt verwarfen aber dies Postulat der Gleichartigkeit Glück,³⁹⁾ Hufnagel,⁴⁰⁾ Leonhardt,⁴¹⁾ Puchelt,⁴²⁾ Krug,⁴³⁾ Schwarze,⁴⁴⁾

³³⁾ Annalen, Bd. VII, S. 281; Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. VIII, S. 113—114.

³⁴⁾ Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 263—264. („Nehmen wir den Fall, dass A den B einen Schuft nennt und B dieses Wort dem A zurückgiebt, worauf dieser den B einen Lumpen nennt. Man darf hier nicht, wie häufig geschieht, die beiden „Schufte“ kompensieren und den „Lumpen“ zur Bestrafung übrig lassen. Man denke an Fälle, wo 20 und mehr Schimpfworte in Rede und Gegenrede ausgetauscht werden ...“); O.A.G. Dresden, Ann. VIII, S. 452; N. F., I, S. 276; Sächs. Ger.-Ztg., IX, S. 122, X, S. 114—115, S. 209—210, Schletters Jahrb., XII, S. 146, No. 120; Bayrischer Kassationshof, 1870, Stengleins Zeitschr., IX, S. 21—22.

³⁵⁾ S. die vorzitierten O.A.G.-Entscheidungen und Schwarze, a. a. O.

³⁶⁾ Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 226; Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., Jahrg. VII, S. 256—257.

³⁷⁾ S. oben § 30, II, § 33, II, 2.

^{37a)} S. jedoch Bayr. O.A.G. 1856, Schletters Jahrbücher, Bd. III, S. 268.

³⁸⁾ a. a. O., S. 247, 253—254.

³⁹⁾ Blätter für Rechtsanwendg., Bd. III, S. 403—407.

⁴⁰⁾ a. a. O., Bd. II, S. 225, insbes. Anm. *).

⁴¹⁾ Kommentar, Bd. II, S. 288.

Häberlin,⁴⁵⁾ Weis;⁴⁶⁾ und auch die Kasuistik, insbesondere die der Judikatur, liess unbedenklich Aufrechnung zwischen symbolischen und Verbalinjurien,⁴⁷⁾ zwischen Verbal- oder symbolischen und Realinjurien zu.⁴⁸⁾ Hamburg 1869 (Art. 168) erwähnte ausdrücklich die Aufrechenbarkeit einer Verleumdung mit einer Beleidigung. Als Preussen 1851 die Körperverletzung den kompensablen Delikten zugesellte, konnte sich fragen, ob nunmehr, wie zuvor Verbal- gegen Realinjurie, so jetzt Beleidigung gegen Körperverletzung kompensabel sei. Das Strafgesetzbuch behandelte die Beleidigungskompensation ganz getrennt von der Misshandlungskompensation: § 153 lässt Aufrechnung zu für den Fall, dass „Beleidigungen auf der Stelle erwidert werden“, § 188 für den Fall, dass „leichte körperliche Verletzungen oder Misshandlungen auf der Stelle erwidert werden“. Womit erwidert, blieb unausgesprochen. Die Wissenschaft nahm daher überwiegend an, dass hier nur innerhalb derselben Deliktsart Aufrechnung statthaft sei.⁴⁹⁾ Die Praxis des Obertribunals schwankte.⁵⁰⁾

X. Das Erfordernis eines Gleichmasses zwischen den aufzurechnenden Strafthaten stammt, wie oben gezeigt (§ 31), nicht aus der eigentlichen Retorsionslehre, sondern ist dem Kompensationsgesichtspunkt eigentümlich. Die modernen Gesetzgebungen haben nun letzteren allenthalben durchgeführt. Die preussischlandrechtliche Kompensation trat allerdings noch ohne Rücksicht auf die Schwere der Gegeninjurie

⁴²⁾ a. a. O., Bem. 5 zu § 312, S. 459.

⁴³⁾ a. a. O., Anm. 4 zu Art. 243.

⁴⁴⁾ In der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 256.

⁴⁵⁾ a. a. O., Bd. III, S. 387.

⁴⁶⁾ a. a. O., Bd. II, S. 107.

⁴⁷⁾ Glück, Bl. f. R.-Anwendg., III, S. 403.

⁴⁸⁾ Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 225, insbes. Anm. *); Puchelt, a. a. O., Bem. 5 zu § 312; O.A.G. Dresden, Sächs. Ger.-Ztg., VI, S. 222; Stengleins Zeitschr., I, S. 263; O.-Trib. Berlin, Goldt. Arch., I, S. 241; Hahn, a. a. O., zu § 153, Anm. 431; Häberlin, a. a. O., Bd. III, S. 387.

⁴⁹⁾ Marcinowski, a. a. O., S. 253—254; Hälschner, Preuss. Str.-R., T. III, S. 283, Anm. 2; John, Entwurf mit Mot. zu einem St.G.B. f. d. Norddtsch. Bund, S. 419. — A. M.: Hahn, a. a. O., zu § 188, Bem. 507.

⁵⁰⁾ Die Aufrechnung zwischen Beleidigungen und Körperverletzungen wird abgelehnt in Oppenhoff, Rechtspr., Bd. VI, S. 485 (1865), zugelassen in Entscheidungen aus den Jahren 1861—1868; Goldt. Arch., Bd. IX, S. 779, XIII, S. 690, XIV, S. 299; Oppenhoff, Rechtspr., Bd. IX, S. 518; Schletters Jahrbücher, XII, S. 145, No. 118.

ein.⁵¹⁾ Dagegen knüpfen Württemberg 1839 (Art. 293), Hannover 1840 (Art. 268), Baden 1845 (§ 312), Sachsen 1855/68 (Art. 243), Hamburg 1869 (Art. 168) die (totale) Kompensation an die Bedingung, dass die Gegeninjurie „das Mass nicht überschreite“, nicht die andere That „übersteige“, nicht „in höherem Masse erfolgt“ sei. Hierbei war die Litteratur einig darin, dass die Abwägung der Schwere der beiden Thaten keine allzu ängstliche sein dürfe, schon deswegen nicht, weil der Retorquent ja im Affekt handle und „ihm ein genaues Abwägen in diesem Zustande billigerweise nicht zugemutet werden könne“. Die Kompensation werde daher nur durch eine erhebliche Ungleichheit der Injurien gehindert.⁵²⁾ In den Gesetzen Badens, Sachsens und Hamburgs war dies ausdrücklich ausgesprochen. Dass das Gleichmass nicht in dem Gleichklang der Worte zu finden, ist selbstverständlich.⁵³⁾ — Nach dem Eintritt der partiellen Kompensation in das Partikularrecht⁵⁴⁾ schwand, wie erklärlich, das Paritätserfordernis aus den gesetzlichen Thatbeständen, da nunmehr ja auch injuriae dispaes quoad paritatem kompensabel waren. Aber dies bedeutet natürlich nichts weniger, als eine Abschaffung des Massprinzips, sondern im Gegenteil eine weitere Durchführung desselben.

§ 38.

b) Erwiderungskonnex zwischen den Thaten?

I. Die Wissenschaft des gemeinen Rechts hatte nicht recht klargestellt, ob Kompensation nur im Retorsionsfalle oder auch darüber hinaus platzgreife. Die Territorien folgten in ihren Gesetzgebungen fast alle der ersteren Alternative. Nur Bayern erklärte schlechthin mutuae injuriae ohne Rücksicht auf Erwiderungszusammenhang für kompensabel. Schon der Codex Maximilianeus verordnete, T. IV, Kap. 17, § 17, es könne die Schmachklage aufgehoben werden einmal „in geringen Injurien“, und dann, „wenn das Faktum so zweifelhaft und unlauter sei, dass man entweder den Anfänger nicht recht ergründen¹⁾ oder sonst kein sicheres Urteil in Sachen fällen könne“.

⁵¹⁾ Glück, Blätter f. R.-Anwendg., III, S. 403.

⁵²⁾ Hufnagel, a. a. O., II, S. 225; Leonhardt, Komm., II, S. 287; Puchelt, a. a. O., Bem. 1 zu § 312, S. 457; Thilo, a. a. O., Bem. 1, Abs. 3, 4, Bem. 2, Abs. 3 zu § 312; Schwarze, Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 263; Häberlin, a. a. O., III, S. 387.

⁵³⁾ Schwarze, Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 264.

⁵⁴⁾ Oben S. 188 ff.

¹⁾ Dies der altgemeinrechtliche Fall; s. oben, S. 118, 148 (2).

Und im Strafgesetzbuch von 1861, Art. 263 wird der Thatbestand, der der Kompensation zur Unterlage dient, nur dahin ausgedrückt: „Sind gegenseitige Ehrenkränkungen vorgefallen . . .“ Darnach ist ein Erwidernskonnex nicht zur Bedingung gesetzt,²⁾ ja es ist Konnexität überhaupt nicht erforderlich.³⁾ Die Ansicht von Weis und Binding,⁴⁾ das bayrische Gesetz erfordere keine sofortige Retorsion, ist daher zu eng.

II. Die übrigen Staaten sanktionierten die Kompensation nur für den Retorsionsfall; nur für den Fall, dass eine That mit einer anderen „erwidert wurde“. „Erwidert“ ist eine That aber dann, wenn die nachfolgende That „sich auf die zuerst verübte bezieht“.⁵⁾ Die Art der Erwidern ist an sich gleichgültig, sie kann mündlich ins Angesicht, symbolisch, thätlich, gegen Abwesende schriftlich erfolgt sein, insoweit nicht das Erfordernis des »in continenti« eine Modifikation bedingt.⁶⁾

Dieses soeben erwähnte Erfordernis, dass die Erwidern in continenti, „auf der Stelle“ erfolgt sei, stellten indess nicht alle Gesetzgebungen auf.

1. Das Preussische Landrecht knüpft den Wegfall der beiderseitigen Ansprüche auf Privatgenugthuung nicht an die Bedingung, dass die Erwidern in continenti erfolgt sei.⁷⁾ Das Gleiche gilt von dem Oldenburgischen Strafgesetzbuch 1814, Art. 411. Kompensation der öffentlichen Strafe lässt das Hamburgische Kriminalgesetzbuch Art. 168 ohne Erfordern eines Erwidernskonnexes eintreten.

2. Dagegen setzen Württemberg 1839 Art. 293, Hannover 1840 Art. 268, Baden 1845 § 312, Preussen 1851 §§ 153, 188 (Waldeck 1851 §§ 148, 177), Sachsen 1855 Art. 243 voraus, dass die Retorsion auf der Stelle, sofort, erfolgt sei. Über den Sinn dieses Requisites geben Litteratur und Judikatur dahin Aufschluss, dass an

²⁾ Bezirksger. Passau 1862, Stengleins Zeitschr., II, S. 48.

³⁾ Kassationshof f. Bayern, Stengleins Zeitschr., IV, S. 274.

⁴⁾ Weis, a. a. O., Bd. II, S. 107; Binding, Grundriss zur Vorl. üb. gem. dtsh. Strafr., § 102, ad 2.

⁵⁾ Temme, Lehrb. d. preuss. Str.-R., § 197, S. 836, Anm. 5.

⁶⁾ Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 224—225, 957; Leonhardt, Komm., Bd. II, S. 288, insbes. Anm. 13; Preuss. O.-Trib., Oppenhoff, Rechtspr., VIII, S. 310 bis 311; Hahn, a. a. O., zu § 153, Anm. 431; Köstlin, Abhandlungen, S. 85 bei Anm. 10.

⁷⁾ S. Glück, in den Bl. f. R.-Anwendg., III, S. 394.

eine örtliche Beschränkung nicht zu denken ist,⁸⁾ dass vielmehr die Kontinuität dann, und nur dann, gewahrt ist, wenn die Erwiderung während der durch die erste That in dem Verletzten hervorgerufenen Gemütsbewegung, im Affekt geschehen ist.⁹⁾ „Bestimmte Regeln“, sagt Schwarze,¹⁰⁾ „lassen sich über die einschlagende Zeitbestimmung nicht geben. So lange der Streit in ununterbrochener Rede und Gegenrede sich bewegt, ist natürlich das in *continenti* vorhanden. Auch kann man es dann noch annehmen, wenn zwar einige Minuten seit der letzten Äusserung bei vollständigem Schweigen der Parteien verflossen sind, jedoch solches offenbar nur wie ein einstweiliges Aufatmen stattgefunden, sonach die Erregtheit der Gemüter fortgedauert hat und nunmehr diese sich wiederum Luft macht. Ist aber der Streit für beendet zu achten, und der Beleidigte nimmt nach einiger Zeit, auch wenn dies nur eine Viertelstunde betragen sollte, den Streit wieder auf, so ist die Retorsion nicht vorhanden. Am wenigsten lässt sich die Retorsion annehmen, wenn die Streitenden sich bereits getrennt hatten und den Zank bei späterem Begegnen wieder aufnehmen“. Wenn der Beleidigte, „später erst von dem Vorgang unterrichtet, den Beleidiger am anderen Morgen aufsucht“, soll die Erwiderung nach Schwarze nicht als eine sofortige gelten.¹¹⁾

Besonderen Zweifeln begegnet die Frage, inwieweit „sofortige“ Erwiderung in dem vorentwickelten Sinne bei schriftlichen und Pressebeleidigungen denkbar ist. Schwarze führt aus:¹²⁾ Es kann wohl eine schriftliche Beleidigung mündlich in *continenti* retorquiert werden; „in der Regel wird aber die Kontinuität ermangeln. Wer heute einen injuriösen Brief erhält und morgen den Briefsteller, dem er zufällig auf der Strasse begegnet, hierbei injuriert, wenngleich in direkter Beziehung auf den Brief und in Aufregung über das zufällige Zusammentreffen, von dem kann man schwerlich sagen, dass er in *continenti* die Beleidigung retorquiert habe“. Die Erwiderung selbst kann nach

⁸⁾ Goltdammer, Mater., Bd. II, S. 375, Ziff. 5 (zu dem dem § 213 R.St.G.B. entsprechenden § 177 des Preuss. St.G.B.).

⁹⁾ Hufnagel, a. a. O., II, S. 224, 957; Leonhardt, Komm., Bd. II, S. 287; Hälschner, a. a. O., III, S. 283; Schwarze, in der Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 253; O.A.G. Dresden, das., X, S. 115; Häberlin, a. a. O., III, S. 387; v. Jagemann-Brauer, Krim.-Lex., „Beleidigung“.

¹⁰⁾ a. a. O., S. 259.

¹¹⁾ a. a. O., S. 253.

¹²⁾ a. a. O., S. 261.

Schwarze niemals schriftlich sein, weder gegenüber einer in faciem erfolgten Beleidigung, noch gegenüber einer Schriftinjurie: sie erfordere eine Vorbereitung des Beleidigten, die in ruhiger Überlegung geschehe, nicht mehr im Affekt.¹³⁾ Meist wurde aber angenommen, es sei prinzipiell nicht ausgeschlossen, dass schriftlich in continenti erwidert werde.¹⁴⁾ Die Praxis liess wohl eine Retorsion mittels „des nächsten Briefes, der geschrieben werden konnte“, als kompensabel zu.¹⁵⁾ Für Pressbeleidigungen nahm das O.A.G. Dresden das „sofort“ für gewahrt an, wenn „der Streit ununterbrochen und unter dem fortdauernden Einflusse derselben Gemütsaufregung fortgeführt“ worden sei, wenn der durch die Presse Beleidigte „ehemöglichst“ auf gleichem Wege geantwortet habe, wofür Ort und Zeit des Erscheinens eines Presserzeugnisses nach richterlichem Ermessen von Bedeutung seien.¹⁶⁾ Das Württembergische Obertribunal hatte konkreter ausgesprochen, dass die Retorsion in continenti geschehen sei, sofern der Beleidigte in dem nächsten Blatte derselben Zeitschrift repliziert habe.¹⁷⁾ Schwarze erklärt für ausnahmsweise denkbar, dass die mündliche Erwiderung einer Pressbeleidigung noch auf der Stelle erfolge, nicht aber, dass eine Erwiderung durch die Presse noch rechtzeitig, während andauernden Affekts, erfolgen könne.¹⁸⁾

II. Prozessuales.

§ 39.

Einer Prüfung der prozessualen Fragen, die sich an die Durchführung der Kompensation knüpfen, hat sich die Wissenschaft, soweit wir sehen, nicht unterzogen; nur gelegentliche Bemerkungen prozessualer Natur finden sich hie und da. Durch die Rechtsprechung der Gerichte dagegen hat die prozessuale Seite unseres Instituts eine ziemlich detaillierte Ausbildung erfahren.

I. Die Judikatur im Bereiche der partikularen Rechte beschäftigte sich zunächst mit der Frage, ob der Richter ex officio kompensieren

¹³⁾ a. a. O., S. 261.

¹⁴⁾ Hufnagel, a. a. O., II, S. 224—225, 957; Goltdammer, Mater., II, S. 324; Hahn, a. a. O., zu § 153, Anm. 431; O.-Trib., Oppenhoff, Rechtspr., VIII, S. 310 bis 311; Köstlin, a. a. O., S. 85, bei Anm. 10.

¹⁵⁾ S. Schwarze, a. a. O., S. 261.

¹⁶⁾ Annalen, N. F., I, S. 277; Sächs. Ger.-Ztg., III, S. 147, X, S. 115.

¹⁷⁾ Hufnagel, a. a. O., II, S. 224—225, Anm. **).

¹⁸⁾ Schwarze, a. a. O., S. 261.

könne (bezw. müsse), oder ob der kompensable Thatbestand nur dann beachtlich sei, wenn er vom Angeklagten mittels einer *exceptio retorsionis s. compensationis* vorgebracht sei. Das Oberappellationsgericht Dresden verlangte, dass, wenn auch nicht ein spezieller „Antrag“ auf Kompensation, so doch wenigstens eine „Rüge“ des Angeklagten vorliege: einmal weil ja die Verfolgung der ihm zugefügten Verletzung nach dem Gesetze an seinen Antrag geknüpft sei, sodann weil Unterlassung der Rüge zu der Annahme nötige, der Angeklagte habe auf Geltendmachung seines Rechts verzichtet.¹⁾ Diese Ansicht ward von Stenglein gebilligt.²⁾ Der entgegengesetzten Meinung war Schwarze³⁾ und das Preussische Obertribunal,⁴⁾ mit einer Klausel („wenigstens in dem Falle, dass es sich um wechselseitige, bei einem und demselben Vorfalle stattgehabte Ehrenkränkungen handelt“) auch der Bayrische Kassationshof.⁵⁾ Die Gründe, soweit sie namhaft gemacht werden, gehen dahin: dem Gesetz sei das Rügeerfordernis fremd. Es handle sich nicht um einen Compensationseinwand im Sinne des Civilprozesses, sondern nur um eine Anrufung des Richters, das Gesetz anzuwenden. Mit dem Strafantrage habe der Compensationseinwand gar nichts gemein: er diene ja nur zur Verteidigung und bezwecke nicht, wie jener, eine Bestrafung des Gegners herbeizuführen. Ist der Compensationsantrag hiernach überhaupt unerheblich, so kann er natürlich noch in II. Instanz gestellt werden.⁶⁾

Einen förmlichen Strafantrag des Angeklagten wegen der ihm widerfahrenen Ehr- bezw. Körperverletzung erforderte die gemeine Meinung nicht.⁷⁾ Bedingt ja doch der Antrag nur die Bestrafung des Gegners, nicht die Verteidigung des Angeklagten. Folgerichtig wird

¹⁾ Annalen, Bd. II, S. 75; V, S. 128; VII, S. 226—229; Sächs. Ger.-Ztg., VI, S. 329, VIII, S. 24—25; Stengleins Zeitschr., I, S. 378; Schletters Jahrbücher, X, S. 34, No. 23, S. 218, No. 131.

²⁾ in seiner Zeitschr., Bd. I, S. 378.

³⁾ Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 265.

⁴⁾ Goltd. Arch., Bd. X, S. 56, XVIII, S. 781; Strieth. Arch., Bd. XLIII, S. 111; Stengleins Zeitschr., Bd. IX, S. 111. — So auch Hahn, a. a. O., zu § 153, Bem. 431; zu § 188, Bem. 506.

⁵⁾ Stengleins Zeitschr., IX, S. 308—309; Schletters Jahrbücher, Bd. XI, S. 60, No. 23.

⁶⁾ O.-Trib., Goltd. Arch., X, S. 56; Strieth. Arch., XLIII, S. 111.

⁷⁾ O.A.G. Dresden, Ann., VI, S. 85—86; Sächs. Ger.-Ztg., VI, S. 222; Stengl. Zeitschr., I, S. 263; Bayr. Kassationshof, Stengleins Zeitschr., III, S. 51; Bayr. Ztschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege, Bd. X, S. 1025, Schletters Jahrb., Bd. X, S. 218, No. 128.

Kompensation auch dann für statthaft erklärt, wenn auf Bestrafung der Gegeninjurie schon verzichtet ist,⁸⁾ sowie wenn die Antragsfrist bereits abgelaufen ist.⁹⁾

II. Die Person des Anklägers (Klägers) ist gleichgültig. Liegt der materiellrechtlich erforderte Gegenseitigkeitskonnex vor, so kann Kompensation eintreten, auch wenn nicht der Injuriengegner selbst, sondern etwa der gesetzliche Vertreter oder ein Nebenantragsberechtigter klagend auftritt.¹⁰⁾

III. Belanglos ist auch die prozessuale Lage der Gegenthats. Es ist gleichgültig, ob wegen ihrer Widerklage erhoben worden ist oder nicht; ja es kann auch dann auf Kompensation erkannt werden, wenn die Gegenthats in einem verschiedenen Prozesse rechtshängig ist, sowie, wenn sie überhaupt nicht in litem deducta ist.¹¹⁾

IV. Es ist nicht erforderlich, dass das mit der einen Injurie befasste Gericht auch zur Aburteilung der That des Gegners Zuständigkeit besitze; auch ohne solche ist dasselbe in der Lage, auf Straffreiheit pp. seines Angeklagten zu erkennen; nur ist eine Widerklage und etwaige Bestrafung des Gegners hier nicht möglich, sondern nur bei dem kompetenten Gericht.¹²⁾

V. Hinsichtlich der Fassung des Urteilstenors bildete sich wohl keine feststehende Praxis. Auch musste sich ja in dieser Beziehung je nach den Gesetzesworten eine Verschiedenheit in den einzelnen Staaten ergeben. Für Preussen konnten sich Zweifel erheben, wie bei Abstandnahme von Strafe zu tenorieren sei. Das Obertribunal will bald ausgesprochen wissen, dass Angeklagter „schuldig sei, aber beide Strafen für aufgehoben“ erklärt würden;¹³⁾ bald wiederum billigt es „Freisprechung“ und „Klageabweisung“,¹⁴⁾ indem

⁸⁾ O.A.G. Dresden, Sächs. Ger.-Ztg., XIV, S. 346; Stengleins Zeitschr., X, S. 205.

⁹⁾ Bayr. Kassationshof, Stengleins Zeitschr., III, S. 98, VII, S. 59; Bayr. Ztschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege, Bd. XI, Abt. f. Strafr., S. 8, S. 252; Schletters Jahrb., Bd. X, S. 218, No. 129; XI, S. 60, No. 24. — A. M. Stenglein, in seiner Zeitschr., II, S. 48.

¹⁰⁾ Preuss. O.-Trib., Goltd. Arch., XI, S. 58—59, XVIII, S. 851; O.A.G. Dresden, Ann., VI, S. 439—441; Sächs. Ger.-Ztg., X, S. 311.

¹¹⁾ Preuss. O.-Trib., Goltd. Arch., XV, S. 138; Stengleins Zeitschr., VI, S. 334. Vgl. Bayr. Kassationshof, Stengleins Zeitschr., VII, S. 37.

¹²⁾ O.A.G. Dresden, Ann., I, S. 329; Sächs. Ger.-Ztg., IV, S. 104, VIII, S. 25.

¹³⁾ Goltd. Arch., XII, S. 361, 854.

¹⁴⁾ Goltd. Arch., VIII, S. 697, XIV, S. 500.

es kein Bedenken darin findet, dass der Angeklagte für „nicht schuldig“ befunden werde.

VI. Die Motivierung des Urteils betrifft eine Entscheidung des Preussischen Obertribunals, welche ausspricht, dass der Richter nicht genötigt sei zu begründen, weswegen er von der ihm zustehenden Kompensationsbefugnis keinen Gebrauch gemacht habe.¹⁵⁾

VII. Da nicht notwendig beide Thaten in einem Verfahren zum Austrag zu bringen sind (oben III), so kann sich fragen, ob bei Duplizität der Prozesse ein jeder derselben nach Form und Inhalt so seinen Gang nimmt, als wäre der andere nicht in mundo, oder ob dieselben sich doch einigermaßen bedingen. Insonderheit kann sich ein Zweifel darüber erheben, ob das gegen den einen Teil gefällte Urteil dem später über die Gegenthat urteilenden Richter Berücksichtigung abnötigt oder nicht. Wenn nicht, so kann es in letzter Konsequenz dahin kommen, dass der eine vollständig, der andere gar nicht die Gunst der Kompensation erfährt, dass A zuerst wegen seiner That verurteilt wird, später mit derselben That im Verfahren gegen B aufgerechnet wird, oder umgekehrt, dass zuerst im Verfahren gegen A die beiden Strafthaten gegeneinander aufgehoben werden, dann aber B doch noch wegen seiner That bestraft wird. Man könnte dann von einer „einseitigen“ Aufrechnung, einer »compensatio claudicans« sprechen.

1. Die erstere Frage — ob nach Verurteilung des Einen noch bezüglich des Gegners Kompensation statthaben könne — wurde namentlich für das sächsische Recht ventilirt. Es sei hier daran erinnert, dass das sächsische Gesetzbuch obligatorische, nicht fakultative Kompensation hat. Der Art. 243 lautet: „Die sofortige Erwiderung einer Beleidigung ist straflos, wenn pp.; es kann jedoch in diesem Falle auch von dem zuerst Beleidigten nicht auf Bestrafung wegen Beleidigung angetragen werden“. Auf Grund dieser Gesetzesbestimmung gelangte die sächsische Jurisprudenz zur Möglichkeit einer hinkenden Kompensation. Das Gesetz lässt keine Wahl. Im Retorsionsfalle ist keinem Teil eine Klage gegeben. Ist der eine Teil, etwa weil er keine Rüge anbrachte¹⁶⁾ oder weil der Beweis der Retorsion misslang u. s. w., bestraft worden, so verliert hierdurch die That des anderen Teils nicht

¹⁵⁾ Oppenhoff, Rechtspr., VII, S. 579.

¹⁶⁾ S. oben, I, S. 206.

ihre Straflosigkeit. Von Anfang an war die letztere straflos, jetzt ex post kann ihre Strafbarkeit nicht aufleben.¹⁷⁾

Dem bayrischen Kassationshof lag 1870 ein Fall vor, in dem der eine Teil, dem eine Realinjurie zur Last fiel, dieserhalb bereits wegen Misshandlung, (welche nach bayrischem Recht nicht kompensabel war,) bestraft worden war; es ward entschieden, dass dadurch die nunmehrige Kompensation nicht ausgeschlossen sei.¹⁸⁾ Hierzu ist anzumerken, dass nach dem bayrischen Gesetz von 1861 die Kompensation fakultativ ist. Für das preussische Recht, das gleichfalls den Richter nicht zur Kompensation verpflichtet, geben zwei Entscheidungen des Obertribunals ebenfalls der Auffassung Ausdruck, dass die rechtskräftige Verurteilung des einen Teils die Kompensabilität nicht tilgt; doch scheint die Ansicht des genannten Gerichts die zu sein, dass der Richter den Umstand der Vorbestrafung des einen Teils gerade mit in Erwägung zu ziehen habe.¹⁹⁾ Durchgreifende Gesichtspunkte lassen sich in den beiden Entscheidungen jedoch nicht finden.

2. Keine Judikate scheinen in Ansehung der Frage, ob eine That, die im Vorprozess zur Aufrechnung gegen die in lite befindliche benutzt worden ist, noch der Bestrafung unterliegt, an die Öffentlichkeit getreten zu sein. Die oberstrichterlichen Entscheidungen in Stengleins Zeitschrift, Bd. IV, S. 118, 137, 261 beziehen sich wohl nur auf den Fall, dass beide Thaten infolge Konvention und Rekonvention abgeurteilt sind.

VIII. Im Hinblick auf den Grundsatz »ne bis in idem« kann zweifelhaft werden, ob eine in ihrer Richtung gegen einen Gegner durch Urteil rechtskräftig aufgerechnete That noch in ihrer Richtung gegen einen dritten Verletzten einem neuen Strafverfahren unterliegt. Der oberste Gerichtshof für Bayern nahm hierzu in einer Plenarentscheidung vom Jahre 1865²⁰⁾ dahin Stellung, dass prinzipiell ein

¹⁷⁾ So Schwarze, Sächs. Ger.-Ztg., VII, S. 266; O.A.G. Dresden, Ann., II, S. 74, III, S. 442; N. F., VII, S. 30; Sächs. Ger.-Ztg., IV, S. 155, V, S. 407, XIV, S. 241—242; Stengleins Zeitschr., IX, S. 30.

¹⁸⁾ Stengleins Zeitschr., IX, S. 309—310.

¹⁹⁾ Goltd. Arch., XV, S. 138, XIX, S. 59; Stengleins Zeitschr., VI, S. 334.

²⁰⁾ Stengleins Zeitschr., IV, S. 261—263; Bayr. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. R.-Pflege, Bd. XII, Abt. f. Strafr., S. 215. — Vgl. die Erkenntnisse des Bayr. Kass.-Hofes, Stengl. Zeitschr., IV, S. 118—120, S. 137—139 (und Stengleins Bemerkung ebenda, S. 139), sowie Bayr. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. R.-Pflege, Bd. XI, Abt. f. Strafr., S. 497, Bd. XII, Abt. f. Strafr., S. 18; Schletters Jahrbücher, Bd. XII, S. 34, No. 45, 46.

neues Strafverfahren in der vorbezeichneten Richtung statthaft ist. Zwar könne niemand, führt das Gericht aus, wegen derselben verbotenen Handlung, wenn solche wider ihn abgeurteilt worden sei, noch einmal verfolgt und bestraft werden. Nun sei aber von der Identität einer Ehrenkränkung schon ihrer Natur nach die verletzende Richtung auf die Person des dadurch Angegriffenen ganz untrennbar, weil das Gesetz durch das angedrohte Repressivmittel beziele, seinem Ehrgefühl Schutz zu gewähren, seinem Anspruch auf Achtung für den erlittenen Schimpf eine Genugthuung zu bieten, und weil insbesondere die beleidigende Absicht ein für jede solche Richtung ganz individuelles Element bilde. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, sei daher jede an mehreren Personen in einer Handlung begangene Ehrenkränkung in den Augen des Gesetzes teilbar und für die rechtliche Auffassung von selbst in dem Verhältnisse geteilt, in welchem sich verschiedene Personen an ihrer Ehre verletzt fänden, woraus von selbst folge, dass von mehreren Mitbeleidigten der eine durch sein Gebahren dem anderen an seinem Rechte auf Genugthuung ohne einen besonderen Grund der Stellvertretung oder Rechtsgemeinschaft nichts vergeben könne. Trete nun von mehreren durch dieselbe Ehrenkränkung beleidigten Personen der eine früher, der andere später mit einer Klage auf, so könne nicht die ganze Handlung in einer vereinigten Überschau abgeurteilt, sondern nur die vereinzelte Richtung derselben gewürdigt werden, welche ihr auf den verfolgenden Kläger inne wohne, so dass also nicht dieselbe Thatsache zweimal gestraft oder für straflos erklärt, sondern nur ein noch ungeahndeter und abgegliederter Teil eines mehrfältigen Verschuldens bei der erneuerten Abwandlung zur Prüfung und Entscheidung komme. Daran, dass die gegenseitige Aufhebung der Ehrenkränkungen nach Art. 263 St.G.B. die gleiche Wirkung, wie eine Verurteilung thun müsse, lasse sich nun zwar nicht zweifeln, weil auch sie die Ermittlung der beiderseitigen Schuld zur Grundlage nehmen müsse; gleichwohl könne sich jedoch in anderen Beziehungen die zweite Aburteilung derselben Ehrenkränkung in der Richtung auf eine andere Person eines Rückblicks auf die Rechtskraft des vorangegangenen Urteils nicht überheben. Es sei nicht bloss bei Ausmessung der Strafe auf die früher etwa bereits zuerkannte die geeignete Rücksicht zu nehmen . . ., sondern der Richter habe auch (wovon oben § 37 bei Anm. 29 schon die Rede war,) zu prüfen, ob vielleicht die That auch in ihrer Richtung gegen dritte Personen durch die Gegenthats mitgetilgt sei.

IX. Über die Kosten des Verfahrens bestimmte Bayern 1861, Art. 263, Abs. 2 ausdrücklich, dass durch (volle oder teilweise) Strafaufhebung die Verurteilung eines oder beider Teile in die veranlassten Kosten nicht ausgeschlossen werde. Hiermit harmoniert wohl nicht ganz eine Entscheidung des Bezirksgerichts Passau von 1862,²¹⁾ wonach Kompensation der Ehrenkränkungen auch die der Kosten nach sich ziehe. Vielmehr ist durch Art. 263, Abs. 2 „dem richterlichen Ermessen freier Spielraum gestattet. Die Kosten können, wenn die Verhältnisse des Falles dies rechtfertigen, einem Teile allein oder beiden Teilen gemeinschaftlich zu gleichen oder ungleichen Anteilen zur Last gelegt werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob gegen den Betroffenen auch eine Verurteilung zu einer Strafe erfolgt oder nicht.“²²⁾

Dagegen sahen namentlich die Preussischen Gesetze den Kompensationsfall hinsichtlich der Kostentragung nicht vor. § 178 der Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen pp. Verfahrens ordnete allgemein, § 9 des Gesetzes vom 11. März 1850 für Injuriensachen speziell an, dass der zu Strafe verurteilte Angeklagte die Kosten zu tragen habe, der nicht schuldig befundene (freigesprochene) von denselben zu entbinden sei. Ersteres traf zu bei partieller Kompensation. Dagegen war der Fall völliger Straffreisprechung weder hier noch dort unterzubringen. Das Obertribunal wollte in einem Urteil vom Jahre 1860 die völlige Strafaufrechnung in Ansehung der Kosten der Freisprechung gleichstellen.²³⁾ Dagegen sollen nach einem Erkenntnis desselben Gerichts von 1864 im Falle der Straffreierklärung die Kosten halbiert werden.²⁴⁾

X. Über die Behandlung der Kompensation in den Rechtsmittelinstanzen finden sich in der Rechtsprechung folgende Grundsätze ausgesprochen.

1. Sind beide Thaten in einem gemeinschaftlichen Verfahren erster Instanz dahin abgeurteilt worden, dass eine Strafe gegen beide Teile nicht statffinde, so soll nach einem Erkenntnis des Berliner Obertribunals²⁵⁾ die Appellation eines Teils lediglich mit dem Verlangen, dass der Gegner allein bestraft werde, unbegründet sein.

²¹⁾ Stengleins Zeitschr., II, S. 11.

²²⁾ Weis, a. a. O., Bd. II, S. 108. Vgl. Kass.-Hof 1863, Bayr. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspf., Bd. X, S. 473; 1866, das., Bd. XIII, Abt. f. Strafr., S. 122.

²³⁾ Goltd. Arch., VIII, S. 697.

²⁴⁾ Goltd. Arch., XII, S. 852—853; vgl. das. S. 361.

²⁵⁾ Goltd. Arch., VII, S. 545—546.

2. Im Appellationsverfahren kann nach einem Urteil des Kassationshofes für Bayern²⁶⁾ eine That, die erst nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils begangen ist, nicht mehr zur Kompensation verwendet werden. „Denn wenn auch anzuerkennen ist, dass in zweiter Instanz eine möglichst freie Beurteilung der Thatsachen stattzufinden habe, so kann doch die zweitrichterliche Prüfung der Sache immer nur die Summe der Vorgänge umfassen, welche als auf die abzuurteilende That bezüglich zur Zeit der ersten Entscheidung bereits ins Leben getreten und somit auch dem ersten Richter unterbreitet waren resp. von demselben hätten gewürdigt werden können. Durch das Hereinziehen solcher erst nach dem erstrichterlichen Urteile zur Existenz gekommenen Thatumstände, hier also der erst nach demselben zugefügten Gegeninjurie, würde vielmehr der Standpunkt des Prozesses verschoben, und in der Berufungsinstanz eine anders gestaltete That zum Gegenstande der Aburteilung gemacht, als solche bei der erstrichterlichen Entscheidung gegeben war.“

3. Mit Rücksicht auf das Verbot der *reformatio in pejus* kann sich fragen, welches Wertverhältnis zwischen Strafaufrechnung (in totum) und Freisprechung obwaltet. Der bayrische Kassationshof erachtete beides als gleichbedeutend; denn wenngleich in der Motivierung verschieden, seien beide Aussprüche doch im Resultate gleich. Deshalb könne ohne Verletzung jenes Grundsatzes in der Berufungsinstanz das Eine mit dem Anderen vertauscht werden.²⁷⁾

4. Lässt sich eine Nichtigkeitsbeschwerde auf falsche Anwendung oder Nichtanwendung der Gesetzesbestimmungen über Kompensation stützen? Namentlich kann fraglich sein, ob ein Irrtum des Vorderrichters in der Abwägung der beiden Thaten gegeneinander als der Rechtsfrageentscheidung angehörig gerügt werden kann, oder aber diese Abwägung auf dem Gebiete des Thatsächlichen liegt. Hierüber verbreiten sich das Dresdener Oberappellationsgericht und Schwarze übereinstimmend, wie folgt: Wegen unrichtiger Anwendung des Art. 243 des Sächs. St.G.B. könne eine Nichtigkeitsbeschwerde nur dann erhoben werden, wenn über die Subsumption der Erwiderung einer Beleidigung unter die Bestimmungen des (den Beleidigungsthatbestand definierenden) Art. 239 des G.B. gestritten

²⁶⁾ Stengleins Zeitschr., IV, S. 195—196; Bayr. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. R.-Pflege, Bd. XII, Abt. f. Strafr., S. 88, vgl. S. 108; Schletters Jahrbücher, Bd. XII, S. 33, No. 40.

²⁷⁾ Stengleins Zeitschr., III, S. 112—113, V, S. 385.

werde; nicht aber, wenn lediglich darüber zu entscheiden sei, ob und inwieweit die in einer Erwiderung enthaltene Beleidigung die vorausgegangene Beleidigung übersteige, ob sie dieselbe namentlich „erheblich“ übersteige. Die Frage über die Gleichmässigkeit oder Ungleichmässigkeit hänge von vielen, aber immer faktischen Verhältnissen ab. Die Würdigung derselben in ihrer individuellen Bedeutung sei recht eigentlich eine Sache des richterlichen, von dem einzelnen Falle abhängenden Ermessens und daher nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar.²⁸⁾ Eine veränderte Bedeutung gewinnt die Revisibilitätsfrage für Staaten, die nicht, wie Sachsen, nur bezüglich des kompensablen Thatbestandes das Ermessen des Richters entscheiden lassen, sondern die Aufrechnung fakultativ gestalten, so dass der Instanzrichter auch darüber zu befinden hat, ob bei Gegebensein der Kompensabilitätsvoraussetzungen Aufrechnung eintreten solle oder nicht. Der Bayrische Kassationshof befolgte für das Bayrische Recht von 1861 den Grundsatz, dass für die Kassationsinstanz das Befinden des Vorderrichters über Aufrechnung oder Nichtaufrechnung unangreifbar sei; denn da die Kompensation in das freie Ermessen des Gerichts gestellt sei, so sei eine Überprüfung in jure nicht möglich.²⁹⁾ Dagegen erklärte derselbe Gerichtshof den Ausspruch der unteren Instanz darüber, ob in einem gegebenen Falle die Aufrechnung unzulässig sei, für revisibel.³⁰⁾

SECHSTES KAPITEL.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 199 und 233 des Reichsstrafgesetzbuchs.

§ 40.

Der im preussischen Justizministerium ausgearbeitete „Entwurf Friedberg“ (I) zum Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund wollte bekanntlich grundsätzlich nur eine bessernde Überarbeitung des preussischen Strafgesetzbuchs sein. Auch in Ansehung der Kompensation schloss er sich zunächst diesem letzteren an, jedoch mit bemerkenswerten Modifikationen. Der § 164 des Entwurfs lautete:

„Wenn Beleidigungen auf der Stelle erwidert werden, so soll der Richter ermächtigt sein, für beide Beleidiger oder für

²⁸⁾ O.A.G. Dresden, Sächs. Ger.-Ztg., VIII, S. 183—184; Schwarze, das., VII, S. 268.

²⁹⁾ Stengleins Zeitschr., III, S. 52, S. 107; VII, S. 37; VIII, S. 41.

³⁰⁾ Stengleins Zeitschr., VIII, S. 41.

einen derselben eine der Art oder dem Masse nach mildere Strafe oder gar keine Strafe eintreten zu lassen.“

Nach den Motiven war diese Bestimmung in dem Sinne gemeint, dass sie nicht bloss auf die in dem Beleidigungsabschnitte vorgesehenen Injurien, sondern auf „Beleidigungen jeglicher Art“ Anwendung finden sollte, d. h. insbesondere auch auf die in § 114 unter den Vergehen gegen die öffentliche Ordnung behandelte Amtsbeleidigung, für welche preussischrechtlich eine Streitfrage vorhanden gewesen war.¹⁾ Auch unterschied der Entwurf nicht zwischen den auf Antrag und den ex officio verfolgbaren Beleidigungen. Kompensabel war weiter auch die in § 163 ausdrücklich neben der öffentlichen und schriftlichen Beleidigung erwähnte thätliche Beleidigung. Dagegen waren die leichtfertige üble Nachrede und Verleumdung erst hinter dem § 164, in § 166, behandelt und so vermöge dieser Stellung von der Aufrechenbarkeit ausgeschlossen.

Auch gegen die Aufrechnung von Körperverletzungen verhielt sich der Entwurf ablehnend. Die Motive (zu §§ 195—204) besagen, dass der § 188 des preussischen Strafgesetzbuchs, der die Kompensation von Körperverletzungen gestatte, nur so lange eine eigentliche Bedeutung gehabt habe, als die thätlichen Beleidigungen in dem Begriff der Körperverletzung mit einbegriffen gewesen seien. Da nun der Entwurf die thätliche Beleidigung für sich isoliert gefasst habe, so sei die Kompensabilitätsbestimmung aus dem Körperverletzungsabschnitt auszuscheiden gewesen. — Nur wollte der Entwurf, § 201, den Affekt des durch Misshandlung oder schwere Beleidigung auf der Stelle zu einer schweren Misshandlung oder Körperverletzung Hingerissenen als Strafermässigungsgrund behandelt wissen.

Unter den Händen der Siebenerkommission erfuhren diese Bestimmungen über Kompensation in mannigfacher Hinsicht eine Abänderung. Aus § 164 des ersten Entwurfs wurde der § 194 des Entwurfs II, welcher lautete:

„Wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder den einen oder anderen derselben für straffrei erklären.

Diese Bestimmung findet nur auf solche Beleidigungen Anwendung, zu deren Verfolgung ein Antrag des Beleidigten erforderlich ist.“

In dem Abschnitt, der die Körperverletzung betraf, wurde ferner als § 227 folgende Bestimmung neu aufgenommen:

¹⁾ Oben S. 193.

„Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte oder für den einen oder anderen derselben eine der Art oder dem Masse nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.

Diese Bestimmung findet nur auf solche Körperverletzungen Anwendung, zu deren Verfolgung ein Antrag erforderlich ist.“

Beide Paragraphen gingen unverändert über in den Bundesratsentwurf (III).

Der Hauptunterschied gegen den Entwurf I besteht in der Einschränkung der Kompensation auf Antragsdelikte; die Motive (zu § 194) berufen sich hierfür auf die Theorie und die Gesetzgebung anderer deutscher Länder, mit welchen man in Übereinstimmung habe bleiben wollen. Dagegen ist der Grundsatz der Aufrechnung gegenüber dem Entwurf Friedberg ausgedehnt zuvörderst insofern, als jetzt auch die leichtfertig üble Nachrede und Verleumdung kompensabel sind. Keine Art der Beleidigung ist ausgenommen; namentlich ist, wie die Motive zu § 194 sagen, die verleumderische Beleidigung, soweit bei ihr eine Erwiderung „auf der Stelle“ vorkommen kann, nicht ausgeschlossen. Eine Rückkehr zu dem § 188 des Preussischen Gesetzbuchs bedeutet der § 227. Die thätliche Beleidigung fand keine Erwähnung mehr. Wohl aber war die leichte Körperverletzung jetzt nach § 227 kompensabel. Nach den Motiven zu § 227 rechtfertigt sich dieser Standpunkt „aus der Natur des Vergehens“. Der § 227 bezog sich indess nach seiner Stellung nur auf vorsätzliche Körperverletzungen; das Delikt der fahrlässigen Körperverletzung behandelte erst der folgende Paragraph (228).

Die zur Durchberatung des speziellen Teils des Bundesratsentwurfs berufene Reichstagskommission änderte nichts an Absatz 1 des § 194 und Absatz 1 des § 227, nur gewann letzterer Paragraph eine veränderte Stellung: er wurde § 228. Weggestrichen wurde bei beiden Paragraphen (194 und 227) der Absatz 2. Fr. Meyer, welcher zu § 194 Kommissionsreferent war, teilt Folgendes mit: „Die Reichstagskommission trat dem in dem zweiten Absatz des Entwurfs ausgesprochenen Prinzip zwar ohne Bedenken bei, erwog dann aber, dass, nachdem man die Notwendigkeit eines Strafantrages zur fast ausnahmslosen Regel gemacht, die Bestimmung des zweiten Absatzes fast

gegenstandslos geworden, und strich dieselbe fort“.²⁾ Einigermassen anders war die Stellungnahme der Kommission zu dem zweiten Absatz des § 227. Wie der Referent, Abgeordneter Evelt, dem Plenum berichtete,³⁾ hat die Kommission den zweiten Absatz hier deswegen gestrichen, „um der Zulässigkeit der Kompensation eine weitere Ausdehnung zu verleihen, nämlich eine Ausdehnung auch auf diejenigen Körperverletzungen, welche ohne Antrag verfolgt werden können“. Der Kreis der kompensablen Körperverletzungen wurde ausserdem durch Hinzutritt der aus Fahrlässigkeit begangenen erweitert. Es ergibt sich dies aus der bereits erwähnten Umstellung der betreffenden Paragraphen. Nach Evelts Referat war für die Versetzung der §§ 226—228 durch die Kommission gerade „der Wunsch massgebend, dass auch in bezug auf die fahrlässige Körperverletzung das System der Kompensation platzgreifen könne.“

Im Plenum des Reichstages ward gegen die solchergestalt entworfene Sanktionierung der Kompensation nichts erinnert. Ihrer Fassung nach wurden die §§ 194 und 228 um die Worte „oder anderen“ verkürzt. So lauteten die einschlägigen Gesetzesbestimmungen, in der endgültigen Redaktion §§ 199 und 233 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870, schliesslich, wie folgt:

§ 199: „Wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären.“

§ 233: „Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte oder für einen derselben eine der Art oder dem Masse nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.“

Gleiche Bezifferung und Fassung erhielten sich beide Paragraphen in dem aus dem Norddeutschen Strafgesetzbuch hervorgehenden Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Sie sind seither keinerlei Abänderung unterzogen worden.

²⁾ Meyer in Kollers Archiv d. Norddtsch. Bundes und d. Zollvereins, Bd. IV, S. 202.

³⁾ Stenogr. Ber. über die Verhandlungen des Reichstages des Norddtsch. Bundes, I. Legislaturperiode, Session 1870, Bd. II, S. 669.

Nachtrag

zum ersten bis dritten Kapitel.

Der akademische Zweck, dem die ersten drei Kapitel (S. 1—66) der vorliegenden Schrift zu dienen bestimmt waren, bedingte seinerzeit einen unverzügerten Abschluss. Hier sei zur Vervollständigung noch einiges, damals bei Seite gelassene Material nachgetragen und zugleich Gelegenheit genommen, auf eine zur Sache gehörige Bemerkung Günthers (in der Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. XIV, S. 134, Anm. 93) einzugehen.

Oben **S. 10 Anm. 21, S. 11 Anm. 27 und S. 12 Anm. 29** haben wir bei Interpretation der l. 25, § 3 D. 3,3, der l. 14, § 6 D. 38,2 und der l. 19 C. 9,1 den von Günther in seiner „Idee der Wiedervergeltung“ entwickelten Standpunkt als (in der Begründung, nicht im Resultat) von dem unsrigen abweichend bezeichnet, insofern Günther die gedachten Quellenstellen als Belege für ein jus retorquendi deswegen nicht zulassen wolle, weil dieselben sich auf „ganz spezielle Fälle der Injurienretorsion“ bezögen. Günther sagt nämlich a. a. O., Abt. I., S. 116, 117, Anm. 9 f):

„Endlich könnte hierher (— zur erlaubten Privatrache —) noch die Erwiderung von Verbal- und Realinjurien in der Form der Retorsion gerechnet werden, wäre nicht die Anerkennung derselben im römischen Rechte überhaupt zweifelhaft; denn die Stellen aus dem Corpus juris, welche für die Geltung eines Retorsionsrechts angeführt worden sind, beziehen sich überwiegend auf die . . . Notwehr, so besonders l. 3 D. de just. et jure 1,1; andere Stellen beziehen sich auf ganz spezielle Fälle, so l. 25, § 3 D. 3,3, l. 14, § 6 D. 38,2 und l. 19 C. 9,1.“

Da die Anmerkung 9 f) nur von Retorsion der Injurien spricht, so fassten wir den Sinn des letzten Passus dahin auf, dass Günther die Fälle der l. 25, § 3 u. s. w. für Fälle der Injurienretorsion erachte und nur deshalb aus ihnen auf ein allgemeines Retorsionsrecht einen Schluss nicht zulasse, weil diese Fälle nur „spezielle“ seien. Diese unsere Auffassung ist unzutreffend. In einer Besprechung unserer Habilitationsschrift in der Ztschr. f. Str.-R.-Wissensch., Bd. XIV, S. 133—137, deklariert Günther seine Meinung dahin, dass l. 25, § 3 u. s. w. spezielle Fälle nicht der Injurienretorsion, sondern der Retorsion in dem ganz weiten Sinne einer Reaktion gegen ein vorangehendes Handeln des Gegners seien. Auch so jedoch stimmt unsere Ansicht mit der Günthers nicht völlig überein, und in dieser Differenz findet auch seine Erklärung, dass wir — was Günther als auffallend bezeichnet — in dem Thatbestande der l. 25, § 3 cit. „einen ganz speziellen Fall der Gegenbeleidigung“ finden. Wir sind zwar in Ansehung der l. 14, § 6 D. 38,2 und der l. 19 C. 9,1 mit Günther einverstanden: sie betreffen keine Fälle der Injurienretorsion. Nicht so jedoch in Ansehung der l. 25, § 3 D. 3,3. Es war und ist unsere Meinung, dass in der species facti dieses Fragments der Thatbestand einer Injurienretorsion mit enthalten ist. Der Dominus wirft dem Prokurator etwas Schimpfliches vor und dieser erwidert »tu mentiris«. Also Beleidigung und Gegenbeleidigung; und „speziell“ ist dieser Fall mit Rücksicht auf die konkretisierenden Thatumstände (Dominus, Prokurator, Prozess u. s. w.) Zum Nachweise eines Retorsionsrechts hielten und halten wir aber, trotzdem hier wirklich ein Injurienretorsionsfall vorliegt, die Stelle für untauglich: nicht weil er nur ein „spezieller Fall“ ist, — in diesem Sinne sagten wir oben S. 10, zu solcher Erklärung brauche man „seine Zuflucht nicht zu nehmen;“ — sondern vielmehr deswegen, weil der Fall in der lex nach seiner strafrechtlichen Seite nicht zur Erörterung gelangt — wie oben S. 9 und 10 ausgeführt.

Zu S. 20, II. In der Retorsionslehre späterer Jahrhunderte taucht wohl vereinzelt ein Hinweis auf l. 17, § 6 D. de injur. 47,10 zum Erweise der Behauptung auf, dass die Retorsion den Retorquenten seiner Klage gegen den ersten Angreifer verlustig gehen lasse. In l. 17, § 6 handelt es sich indessen nur um den Fall, dass ein Sklave einen Dritten beleidigt hat, der Herr des Sklaven letzteren dem Beleidigten *verberandum exhibuit*, und dieser die Züchtigung vollzogen

hat. Solchenfalls kann der Injuriat nicht mehr die actio injuriarum anstrengen: *qui enim accepit satisfactionem, injuriam suam remisit*. Da nach § 4 eod. der Eigentümer des Sklaven die Wahl hat, ob er der actio injuriarum genügen oder an dem Sklaven die vorerwähnte Züchtigung vollziehen lassen will, so hat die Entscheidung des § 6 nichts Auffälliges. Der Beleidigte hatte nur einen Anspruch nach Wahl des dominus auf die aestimatio oder verberatio. Ist ihm die verberatio geleistet, so ist sein Anspruch erloschen; dadurch, dass er die angebotene verberatio ausgeführt hat, hat er sich des anderweiten Anspruchs begeben. Von dem, der eine Beleidigung oder Thätlichkeit erwidert, kann Gleiches nicht ohne Weiteres gelten.

S. 29 bei Anm. 4 muss es heissen: „Durantis beispielsweise führt aus: Wenn eine Prozesspartei oder deren Prozessvertreter dem gegnerischen advocatus falsitatem vel aliam turpem notam imponit“ etc.

S. 30 Anm. 16 ist hinzuzusetzen: Zwar glaubten die Italiener selbst an das Bestehen einer controversia. Allein sie täuschten sich hierbei. Als Vertreter der Ansicht, dass es unerlaubt sei, auf einen schimpflichen Vorwurf »tu mentiris« zu erwidern, finden sich bei Italienern oder Nichtitalienern zitiert: Marius Salomonius, Bartholomaeus Taegius, das Concilium regium Neapolitanum bei Anton. Capycius, Franciscus Zoanetti, Franciscus Vivius ab Aquila, Claudius Bertazzolius, und vor Allen Julius Clarus. Aber von diesen ist der einzige, der thatsächlich gegen die Erlaubtheit jener Äusserung zu Felde zieht, Claudius Bertazzolius in den von ihm herausgegebenen »Decisivae consultationes s. responsa in criminalibus et poenalibus controversiis« seines Vaters Bartholomaeus Bertazzolius, lib. 1, consil. 135, additio a). Derselbe erweist sich hier als ein heftiger rückhaltloser Gegner der Ansicht, welche das »tu mentiris« für erlaubt erklärt. Denn in dieser Äusserung stecke der Vorwurf, dass der andere wissentlich, mit Fleiss, die Unwahrheit gesagt habe, und das sei unerlaubte ultio. Die Ansichten der übrigen obenbezeichneten Autoren stehen der herrschenden Meinung nicht entgegen. Marius Salomonius ficht, wie seine Bezugnahme auf l. quae omnia 25, § 3 D. 3,3 ergibt, gerade die Statthaftigkeit des »tu mentiris« nicht an, sondern lässt solche Retorsion zu »inter pares, et similiter,

si honestior humiliori convicietur illeque tunc retro male dicat«, während er allerdings einer weiter ausgedehnten Retorsion nicht das Wort redet (Repetitio in l. ut vim 3 ff. de just. et jure [in: Tractatus aliquot docti et utiles in materia defensionis, Coloniae 1580], n. 4). Auch Taegius ist weit entfernt davon, die Äusserung „du lügst“ zu missbilligen; ja, er gehört sogar im Gegenteil zu denen, welche der strafflosen Retorsion die allerweiteste Ausdehnung geben (Tractatus varii, p. 13, n. 1—14). Ganz ohne Untergrund ist das weitere Zitat: „Anton. Capycius, Decision. novae sacri regii concilii Neapolitani, dec. 58, n. 1—3“. Hier findet sich von einem Ausspruch, dass »tu mentiris« zu erwidern unerlaubt sei, keine Spur. Franc. Zoanetti verwirft — Tractat. defensionis (in seinen Opera omnia), p. 1, n. 51 sqq. — zwar die Ansicht Jasons, der auch anderweite Injurien als das bloss »tu mentiris« zur Defension zulassen will¹⁾ (n. 53), nicht aber die von ihm mit referierte Ansicht des Bartolus, dass man den Convicianten einer Lüge zeihen darf; vielmehr betont er in n. 55 ganz ausdrücklich, dass jure omnibus liceat dicere adversario conviciatori »Tu mentiris«, sofern der gemachte Vorwurf thatsächlich ein unwahrer war. Auf Verwechselung beruht das Zitat: „Franc. Vivius in: Communes sententiae, A. n. 27,30“. In dem Werk „Communes sententiae sive opiniones juris, Lugduni 1567“, herausgegeben von Joh. Bergierius, sind an erster Stelle die Opiniones von Franc. Vivius enthalten; hier findet sich über die Retorsion, insbesondere das »tu mentiris«, gar nichts. Das Allegat A. n. 27,30 trifft dagegen zu auf die zweite Abteilung des Werks, welche Opiniones von Joh. Bapt. a Villalobos enthält. Dieser missbilligt dort allerdings die Äusserung »tu mentiris«. Allein einmal betreffen seine Ausführungen nur den Gesichtspunkt der Provokation; und sodann kommt er deswegen hier gar nicht in Betracht, weil er nicht Italiener, sondern Spanier ist. Darüber, dass Vivius selbst durchaus auf dem Standpunkt der herrschenden Meinung steht, lassen die im Nachstehenden gebotenen Zitate keinen Zweifel. Endlich Julius Clarus prüft nur, ob vorangegangene Provokation den, der »tu mentiris« gesagt hat, zu entschuldigen vermöge, und verneint diese Frage, indem er dem Provokationsmoment nur strafmildernden Einfluss zugesteht. Ob ein defensive gesagtes »tu mentiris« strafbar sei, diese Frage berührt Clarus gar nicht. Von einer vollständigen, prinzipiellen

¹⁾ Oben S. 36.

Gegnerschaft gegen die Statthaftigkeit des »tu mentiris« kann daher bei ihm nicht die Rede sein. (So schon sehr richtig Franc. Vivius ab Aquila, Sylvae commun. opinion., lib. 1, litt. A, opin. 6, n. 7.) — Hiernach wird man nicht wohl sagen können, dass in der betr. Hinsicht bei den Italienern ein Meinungsstreit vorhanden gewesen sei.

Zu den Zitaten **S. 30, Anm. 17** sind hinzuzufügen: Franciscus Vivius Aquilanus, Sylvae commun. opin., lib. 1, litt. A, opin. 6, n. 1, § Sed adverte; Farinacius, Prax. et theor. crimin., P. III, qu. 105, n. 321—324, 309;

desgleichen zu den Zitaten **S. 31, Anm. 18**: Franc. Vivius, l. c., lib. 1, litt. A, opin. 6, n. 1, § Et de hoc, i. f.; Barthol. Romuleus, Compendium homicidii, n. 162; Farinacius, l. c., qu. 105, n. 333;

zu **S. 31, Anm. 24**: Farinacius, l. c., qu. 105, n. 311;

zu **S. 32, Anm. 25**: Franc. Vivius, l. c., lib. 1, litt. A, opin. 6, n. 1 pr.; n. 5, 6; Farinacius, l. c., qu. 105, n. 310, 327, 328;

zu **S. 32, Anm. 26**: Bartolus in den Consilia selecta in causis criminalib. studio Joan. Baptistae Ziletti congesta, Tom. I, consil. 5, n. 9—16; Barthol. Bertazzolius, l. c., lib. 1, consil. 135, n. 21; Marius Salomonius, l. c., n. 4; Vivius, l. c., n. 1, § Caeterum., § Et de hoc; n. 7; Barthol. Romuleus, l. c., n. 161, 162; Farinacius, l. c., qu. 105, n. 315—319.

Bei S. 37, Anm. 46 ist den Gegnern der communis opinio ferner zuzuzählen Marius Salomonius, der sich über die Defensio gegen geschehene Verbalinjurien sehr kritisch ausspricht. Post susceptam contumeliam, betont er, kann die Reaktion nur vindicta, nicht defensio sein. Zwar weiss er der herrschenden Ansicht, insofern sie aus der l. quae omnia die Statthaftigkeit der Äusserung „du lügst“ herleitet, keine Gründe entgegenzusetzen, aber über diesen Fall hinaus lässt er Verteidigung gegen wörtliche Injurien nicht zu (l. c., n. 3, 4). Ebenso bekämpft Zoanetti, l. c., p. 1, n. 53, 54, die herrschende Meinung. Auch Vivius spricht aus, das zurückgegebene convicium dürfe nicht ein aliud factum betreffen, sonst tenderet ad vindictam; und das sei der Fall, insoweit über das »tu mentiris« hinausgegangen worden sei. — Bei Farinacius, Prax. et theor. crimin., P. IV (Oper. crim. P. V),

qu. 125, n. 41, 96 heisst es: Injuriam mihi illatam alia injuria propulsare possum; er steht also auf Seiten der gemeinen Meinung.

Auf S. 38 ist im Text hinter Alexander Tartagnus einzuschalten Barthol. Taegius, l. c., p. 13, n. 13, 14. Auch dieser Autor erlaubt schlechthin Demjenigen, der durch eine Injurie provoziert wurde, den Provokanten nunmehr seinerseits verbis offendere impune, deswegen, weil ille, qui incipit alium percutere, offendere seu injuriare, semper dicitur esse in culpa, unde si postmodum offendatur, dicitur offensus non a provocato, sed a semet ipso.

S. 39 ist in den Text hinter Julius Clarus als Vertreter derselben Ansicht aufzunehmen: Bartholom. Bertazzolius, Decisivae consult., lib. 1, consil. 237, n. 5; Claudius Bertazzolius, ibid., additio c); Farinacius, l. c., qu. 105, n. 98.

Im letzten Absatz des § 8, **S. 44**, ist neben die Meinung von Bajardus die von Bartholomaeus Taegius zu stellen, welcher ebenfalls meint: es könne der, der durch den Vorwurf einer Lüge beleidigt worden sei, den Provokanten je nach seiner Wahl offendere oder percutere impune (l. c., p. 13, n. 13, 14); denn solches Thun des Beleidigten habe der erste Angreifer sich selbst zuzuschreiben. Bartholomaeus Romuleus berichtet: der (nicht retorsionsweise gemachte) Vorwurf »mentiris« gelte als ein sehr schwerer Vorwurf: pessime sonat nec potest expurgari nisi armis (Zweikampf) aut alapa ad minimum (l. c., n. 161). Aber dies will er nicht als römisches Recht vertreten, vielmehr hat er hierbei nach n. 162 nur *consuetudinem locorum* im Auge.

Zu S. 44, Anm. 13 ist hinzuzusetzen: Farinacius, l. c., qu. 105, n. 320;

zu S. 44, Anm. 15: Farinacius, l. c., qu. 125, n. 42, 98, vgl. jedoch n. 100 (Wenn ein nobilis, von einer vilis persona mit Worten injuriert, pro sui honoris conservatione alapa seu baculo injuriantem illum percutiat, soll er wegen Notwehr straflos ausgehen, cum propter personae injuriantis vilitatem suum honorem non conservasset aliam verbalem injuriam seu mentitam inferendo).

Zu den Zitaten **S. 50 Anm. 1** treten hinzu: Thomas Grammaticus, Consilia et vota, vot. 23, n. 14, 17; Farinacius, l. c., qu. 125, n. 98.

In § 11 ist nach dem ersten Satze **S. 51** einzuschalten: Wenn Bartolus in den *Consilia selecta in caus. criminalib. congesta studio Zilletti, Francof. a. M. 1578, Tom. I, cons. 5, n. 12* ausspricht, dass *per verbum »tu mentiris« omnis injuria verbalis tollatur, et habeatur ac si dicta non fuisset* —, so ist diese Fiktion nicht so zu verstehen, als sei die Injurie auch in Ansehung der Bestrafung des ersten Angreifers vom Erdboden vertilgt. Diese Konsequenz spricht Bartolus nirgends aus. Vielmehr will er nur darthun, dass das »tu mentiris« geeignet ist, dem Notwehrzwecke zu dienen, insofern der Bedrohte dadurch seine Ehre rette. Spätere Zeiten haben die Stelle falsch verstanden. (Oben S. 107 ff.)

S. 55 ist nach dem ersten Absatz hinzuzufügen: Auch bei Odofredus, *Lectura super Codice, ad c. Recte possidenti (1) C. unde vi 8,4, § Or signori in l. ista, § Sed circa hoc illud quaero, § final.*, und Albertus Gandinus, *Tractat. de malefic., Rubr. de defensionibus a reo faciendis, n. 6*, wird bei Besprechung der Regel »*Paria delicta*« cet. nichts davon gesagt, dass dieselbe nur für die civile Klage gelten solle. Beide bemerken nur, dass Kompensation auseinander liegender Delikte unstatthaft sei (so wenn A »*hodie*« dem B eine Sache stehle und dieser »*cras*« gegen A einen Diebstahl verübe; wenn A gegen B »*hodie*« einen insultus unternehme, B »*cras*« gegen A das Gleiche thue).

Auf **S. 66** ist vor Flaminus de Rubeis noch Franciscus Vivius zu erwähnen. Er lässt — *l. c, lib. 1, opin. 6, n. 1, § Similiterque, § Quod verum, n. 4* — grundsätzlich für die kriminelle Ahndung von Delikten Kompensation nicht zu; aber auch würde für die civile Bestrafung soll sie, speziell für die *actio injuriarum*, nur statthaft sein

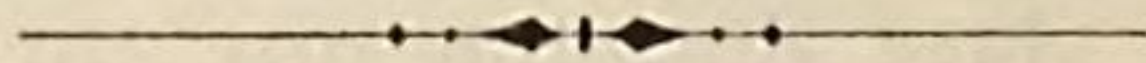
einmal im Falle der erlaubten Retorsion »*Tu mentiris*«, nicht dagegen bei weitergehender Reoperation einer Injurie; im übrigen nur, wenn nicht erhellt, wer der Provokant gewesen ist.

Endlich ist zu der italienischen Kompensationslehre noch Folgendes nachzutragen: Fast ausnahmslos haben die italienischen Autoren nur die vollständige Kompensation im Auge, d. h. diejenige, welche für beide Delinquenten Straflosigkeit herbeiführt. Der Gedanke an eine partielle Deliktsaufrechnung dergestalt, dass auf der einen oder anderen

Seite, oder auf beiden Seiten ein Rest des Thuns übrig bleibt, welcher gestraft wird, ist ihnen noch fremd. Nur bei Franciscus Zabarella findet sich Einschlägiges, insofern dieser aus cap. contingit (36) X. de sent. excomm. (oben S. 23) den Satz ableitet:

Si ad invicem sibi injuriantur clericus et laicus, debet fieri compensatio hinc inde, et qui plus excessit, plus debet satisfacere laeso secundum aestimationem judicis (Commentaria in Clement., ad cap. 1 pr. Cl. de poenis 5,8, verb. Civitas).

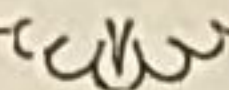
Als in ähnlichem Sinne gehalten wurde später von Cothmann zitiert: „Thomas Grammaticus, Consilia et vota seu jur. resp., vot. 23, n. 13—17“. Das Zitat ist irrig: Grammaticus lässt sich dort über Kompensation überhaupt nicht aus.



Inhalts-Übersicht.

	Seite
Vorrede	V—VIII
§ 1. Einleitung	1
Teil I. Geschichtliche Entwicklung.	
Erstes Kapitel: Das römische Recht.	
§ 2. A. Prinzipielle Behandlung der Retorsion	4
§ 3. B. Bestrafung der Retorsionsfälle. Kompensation	13
§ 4. Zweites Kapitel: Das kanonische Recht	21
Drittes Kapitel: Die italienische Wissenschaft bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts.	
§ 5. A. Die Glosse	24
	B. Die übrige Litteratur.
§ 6	26
I. Die Frage nach dem Deliktscharakter der Retorsion.	
1. Die Retorsion von Beleidigungen.	
§ 7. a) Gegenbeleidigung	27
§ 8. b) Thätlichkeiten als Retorsion einer Injurie	40
§ 9. 2. Die Retorsion von Körperverletzungen	44
II. Die Bestrafung.	
§ 10. 1. Die Strafe des Retorquenten ohne Rücksicht auf die des ersten Angreifers	49
§ 11. 2. Die Strafe des ersten Angreifers ohne Rücksicht auf die des Retorquenten	50
§ 12. 3. Kompensation	52
Viertes Kapitel: Die gemeinrechtliche Wissenschaft in Deutsch- land.	
§ 13. Vorbemerkungen	67
A. Erste Periode.	
I. Retorsio licita.	
§ 14. 1. Rechtsgrund des Retorsionsrechts	71
§ 15. 2. Voraussetzungen für die Statthaftigkeit der Re- torsion	82
§ 16. 3. Modalitäten der Retorsion	85
§ 17. 4. Form der Retorsion	98
§ 18. 5. Die Parteien bei der Retorsion	105
§ 19. 6. Dauer des jus retorsionis	107
§ 20. 7. Wirkungen der Retorsion	107

	Seite
II. Kompensation.	
§ 21. 1. Deliktiskompensation im allgemeinen	111
§ 22. 2. Compensatio injuriarum	114
§ 23. III. Strafe im Falle unerlaubter Erwiderung	119
B. Zweite Periode.	
I. Retorsion.	
§ 24. 1. Im allgemeinen	120
§ 25. 2. Kämpfe um die Rechtmässigkeit der Retorsion	129
§ 26. 3. Wirkungen der Retorsion	140
II. Kompensation.	
§ 27. 1. Compensatio delictorum	146
§ 28. 2. Compensatio injuriarum	147
C. Dritte Periode.	
I. Retorsion.	
§ 29. 1. Begriff und juristische Bedeutung der Retorsion	153
§ 30. 2. Voraussetzungen und Gestaltung der Retorsion im einzelnen	163
§ 31. 3. Die Retorsion im Verhältnis zur Kompensation	167
II. Kompensation.	
§ 32. 1. Deliktiskompensation im allgemeinen	169
§ 33. 2. Injurienkompensation	171
Fünftes Kapitel: Die partikuläre Gesetzgebung in Deutschland seit der Mitte des 18. Jahrhunderts.	
§ 34. Vorbemerkungen	177
§ 35. A. Gesetzgebungen ohne Kompensation	182
B. Gesetzgebungen mit Kompensation.	
I. Materielles Kompensationsrecht.	
§ 36. 1. Wesen und Tragweite der Kompensation	184
2. Voraussetzungen der Kompensation.	
§ 37. a) Wechselseitige Beleidigungen oder Körper- verletzungen	192
§ 38. b) Erwiderungskonnex zwischen den Thaten?	202
§ 39. II. Prozessuales	205
§ 40. Sechstes Kapitel: Die Entstehungsgeschichte der §§ 199 und 233 des Reichsstrafgesetzbuchs	213
Nachtrag zum ersten bis dritten Kapitel	217

——
Druck von Gebrüder Böhm in Kattowitz.
——

Beling, Ernst <<von>>,

Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen

Bd.: Theil 1

Breslau 1894

Crim. 1 chv-1,1/6

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11583750-4